

A TUTELA INDEMNIZATÓRIA DO PRIVADO NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: EM ESPECIAL, A “PERDA DE CHANCE”

Isa António*

Resumo: A indemnização pela “perda de *chance*” traduz-se numa terceira categoria de interesse contratual, pela qual o particular pode ser ressarcido pela entidade pública adjudicante, no âmbito do procedimento pré-contratual.

O ressarcimento do particular pelo interesse contratual positivo e pelo interesse contratual negativo não cobrem, a nosso ver, toda a gama multifacetada de situações originadoras de danos à esfera jurídico-patrimonial do concorrente.

A figura da “perda de *chance*” permite ultrapassar as dificuldades probatórias associadas à teoria da causalidade adequada, do tipo “tudo ou nada”, revestindo ainda uma relevância central na averiguação do *quantum indemnizatório*. Por conseguinte, consiste num mecanismo de superação das dificuldades no reconhecimento de indemnização ao particular lesado.

As questões primaciais que suscitamos são, entre outras, as seguintes: a) Em que circunstâncias estão as entidades adjudicantes vinculadas ao ato de adjudicação e à celebração do contrato? b) Podem as entidades adjudicantes “revogar a decisão de contratar”? c) Sendo a resposta afirmativa, em que casos e quais os direitos dos particulares?; d) Qual o alcance da tutela indemnizatória reconhecida ao particular ilegalmente preterido no âmbito do procedimento pré-contratual?

Palavras-chave: responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes, danos patrimoniais, “perda de *chance*”, interesse contratual positivo, interesse contratual negativo, tutela indemnizatória do particular

Abstract: The compensation for the “*loss of chance*” is a third category of contractual interest, whereby the individual can be compensated by the contracting authority in the context of the pre-contractual procedure.

The financial compensation of the positive contractual interest and negative contractual interest does not, in our view, cover the whole multi-faceted range of situations giving rise to damage to the legal-patrimonial sphere of the candidate.

* Doutora em Direito Administrativo/Contratação Pública. Mestre em Direito Administrativo. Pós-graduada em Contratação Pública. Professora auxiliar convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Professora coordenadora no Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo. Correio eletrónico: isaantonio45258p@gmail.com.

The “loss of chance” allows us to overcome the evidential difficulties associated with the theory of adequate causality, strict and of the “all or nothing” type, and it is also of central importance quantifying the *indemnity value*. Consequently, it consists of a mechanism for overcoming the difficulties in recognizing compensation for the private. The main issues raised in our study are the following: a) Under what circumstances are the public contracting authorities linked to the adjudication act or the conclusion of the contract? b) Can public contracting authorities “revoke their decision of contracting”? c) In case of affirmative answer, in which situations and what are the rights of private? d) What is the scope of the financial redress granted to the private illegally preempted in the pre-contractual procedure?

Keywords: pre-contractual procedure´s liability of contracting authorities, property damage, “loss of chance”, contractual´s positive interest, contractual´s negative interest, private´s right to compensation

0. Nota prévia

A figura da “perda de chance” funciona, a nosso ver, como um mecanismo de superação das dificuldades no reconhecimento de indemnização ao particular lesado.

Na verdade, os defensores de uma terceira via de responsabilidade da clássica e rígida dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual assumem como grande virtualidade da “perda de chance” a introdução de maior equilíbrio e flexibilidade, mais ajustados aos valores e expectativas do particular lesado, na dupla vertente, sancionatória e tuteladora do instituto de responsabilidade civil¹.

Um dos argumentos que “complexifica” a indemnização por “perda de chance” consiste na álea ou incertitude que é inerente à própria “natureza” da vida contratual e dos riscos próprios pelo livre exercício da autonomia contratual das partes: “[...] pode, na prática, revelar-se difícil afirmar, com inteira certeza ou elevado grau de segurança, que o concorrente ilicitamente preterido se teria, efetivamente, consagrado vencedor no respetivo procedimento adjudicatório”².

¹ Neste sentido, vide CARDONA FERREIRA, Rui, 2011, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.93 e cfr. Acórdão do STJ de 01.07.2014 (Fonseca Ramos) in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d090034f717?OpenDocument> (05.10.2018).

² Neste sentido, vide CARDONA FERREIRA, Rui, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp.92.

Ora, a “teoria da perda de *chance*” distribui o risco da incerteza causal entre as partes envolvidas, pelo que o lesante responde somente na proporção e na justa medida em que foi autor da conduta ilícita, ao passo que a “teoria da causalidade adequada” caracteriza-se pela “rigidez” do tipo “tudo ou nada”, visto que obriga a que o risco de incerteza seja atenuado³. E perante a dificuldade probatória que o particular tem em provar que seria o vencedor, vê ser-lhe negado o direito a indemnização.

É neste contexto que a figura de “perda de *chance*” surge como um mecanismo de atenuação da rigidez própria da teoria tradicional da causalidade adequada, consagrada no artigo 563.º Código Civil, possibilitando a superação das dificuldades probatórias inerentes àquela teoria clássica de aferição do nexo de causalidade⁴.

Importa, outrossim, referir que os particulares, no âmbito da contratação pública, têm de aceitar como natural a existência de *risco*, por virtude do elevado número de concorrentes e das suas qualidades, das próprias exigências do procedimento adjudicat3rio, da *natureza especial* “do contratar com entidades públicas”.

Desde logo, diferentemente do que sucede na formação e celebração dos contratos entre particulares, regulada pelo Direito Privado, a entidade adjudicante tem de respeitar o imperativo da prossecução do interesse público e goza de certa margem de discricionariedade. Estes fatores poder3o conduzir à revogação da decis3o de contratar, por parte da entidade adjudicante, a coberto da lei.

A decis3o de contratar ou de n3o contratar é livre e há que assumir a responsabilidade associada a essa liberdade.

Tomar decis3es, participar em procedimentos contratuais e outorgar contratos, implicam riscos. Traduzindo-se num neg3cio n3o favorável, n3o correndo de feiç3o aos interesses do particular, ele n3o poder3 “eximir-se” e tem de arcar com as respetivas “subtrações patrimoniais”.

³ Cfr. Ac3rd3o STJ, de 05-02-2013, processo n.º 488/09.4 TBESP.P1.S1, relator H3lder Roque, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717edf380257b0a004db434?OpenDocument> [10.10.2018].

⁴ Neste sentido, vide CARDONA FERREIRA, Rui, *Indemnizaç3o do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contrataç3o p3blica)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp.93.

Dito isto, existem situações em que o particular *terá de ser ressarcido pela entidade pública adjudicante*, como veremos adiante.

1. Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes

O disposto no n.º 2, do artigo 7.º, da Lei de Responsabilidade civil extracontratual do Estado e outras entidades públicas visa concretizar a Diretiva recursos (diretiva n.º 89/665/CEE⁵) ampliada pela diretiva n.º 92/13/CEE⁶, no que concerne ao reconhecimento de indemnização por violação no Direito da União Europeia no âmbito de procedimento pré-contratuais públicos. Trata-se de instituir uma forma de responsabilidade por culpa na formação de contrato.

A operação de determinação do *quantum* indemnizatório carece, porém, de concretização através do recurso à legislação europeia, ao Código dos Contratos Públicos e aos princípios gerais de Direito⁷.

O fundamento da obrigação de ressarcir o particular é a *ilicitude* inerente à prática de atos ilegais ou à omissão ilegal por parte da entidade adjudicante no momento da formação do contrato, prévio à celebração deste, configurando-se, assim, em responsabilidade pré-contratual.

O lesado em questão pode ser um mero candidato ou concorrente, cujos direitos e interesses legalmente protegidos são violados por virtude do cometimento de ilegalidades pela entidade adjudicante.

Neste âmbito, revela-se decisivo o entendimento firmado pela jurisprudência do TJUE, em aplicação da “diretiva recursos”, de acordo com o qual o reconhecimento de indemnização ao particular lesado no âmbito da contratação pública carece do preenchimento de três pressupostos cumulativos: 1. A norma do Direito da União Europeia violada vise conferir-lhe direitos; 2. A violação dessa norma tem de ser suficientemente caracterizada; 3. Exista um nexo de causalidade entre o desrespeito por

⁵ Esta diretiva aplica-se aos contratos públicos de obras e fornecimentos.

⁶ Esta diretiva tem âmbito de aplicação nos setores especiais da água, energia, transportes e telecomunicações.

⁷ Cfr. CADILHA, Alberto Fernandes, 2017, “Responsabilidade civil pré-contratual das entidades públicas”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], p.93.

esse corpo normativo (regras de contrataç3o p3blica) e o dano sofrido pelo particular.

A diretiva n.º 89/665/CEE, no seu artigo 2.º, n.º 1, al. c) n3o exclui o ressarcimento pelo lucro cessante, tendo em consideraç3o os ganhos econ3micos que o particular obteria com a adjudicaç3o do contrato. Por seu turno, o disposto no artigo 2.º, n.º 7, da diretiva n.º 92/13/CEE prev3 expressamente o direito a indemnizaç3o pelas despesas inerentes 3 preparaç3o da proposta e participaç3o no procedimento pr3-contractual, ou seja, a indemnizaç3o pelo interesse contratual negativo, conquanto que exista viabilidade relativamente 3 adjudicaç3o.

A condiç3o essencial ao ressarcimento pelo *dano da confianç3a* 3 que seja produzida prova no sentido de demonstrar que o particular “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribu3do o contrato e que foi prejudicada por essa violaç3o”.

Quest3o mais complexa 3 saber se o dano pass3vel de indemnizaç3o pode ser pelo interesse contratual positivo e segundo a an3lise do artigo 7.º, n.º 2, da diretiva n.º 92/13/CEE, esta, parece n3o negar a possibilidade de ressarcimento de outros tipos de danos nos termos gerais da responsabilidade civil.

Nestes termos, podemos t3m tamb3m incluir o reconhecimento de indemnizaç3o pelo dano sofrido a t3tulo de interesse contratual positivo. Contudo, 3 imperativo que o particular logre demonstrar que teria sido o escolhido como adjudicat3rio, ficando a sua proposta graduada em primeiro lugar, n3o fosse o ato ilegal praticado pela entidade adjudicante no 3mbito do procedimento pr3-contractual.

As entidades adjudicantes t3m a obrigaç3o de indemnizar tamb3m nas *circunst3ncias l3citas* de n3o adjudicaç3o ou de n3o celebraç3o do contrato. Neste caso, o dano patrimonial reconduz-se 3 despesas demonstradas que o particular teve com o procedimento, designadamente na elaboraç3o e preparaç3o das propostas e eventual cauç3o que haja sido prestada.

A posiç3o do lesado merece tutela jur3dica mediante o reconhecimento de uma indemnizaç3o, porquanto 3 invocado um *damnum*.

O instituto jur3dico adequado e “recortado” em funç3o do dano 3 a responsabilidade civil, tendo por primacial finalidade a de recolocar o lesado

na posição em que se encontraria se não tivesse existido a conduta omissiva ou comissiva lesante. Casos paradigmáticos ilustrativos são a preterição ilegal de um candidato de um concurso ou a sua não adjudicação.

Questiona-se, no entanto, por que tipo de “interesse contratual” será esse particular ressarcido. Importa, por isso, antes de mais, operar uma delimitação conceitual acerca dos diversos tipos de “interesse contratual”.

1.1. Indemnização pelo interesse contratual negativo (culpa *in contrahendo*) e interesse contratual positivo (pelo cumprimento)

O interesse contratual positivo visa colocar o lesado na posição em que estaria caso o contrato tivesse sido celebrado (“dano de cumprimento”). Traduz-se na indemnização que tem por finalidade o ressarcimento dos prejuízos correspondentes às vantagens económicas de que a esfera jurídico-patrimonial do privado *beneficiária*, com a normal execução do contrato inicialmente pretendido e que acabou por se frustrar.

Pelo contrário, o interesse contratual negativo (“dano da confiança”) tem por escopo a colocação do lesado na posição em que estaria se não tivesse celebrado o contrato ou se não tivesse decidido participar num procedimento contratual⁸ ou, nas palavras de ESPERANÇA MEALHA “corresponde aos danos que o lesado não teria sofrido se não fosse a expectativa do contrato”⁹.

A indemnização do dano associado ao interesse contratual positivo consiste no benefício económico que a celebração do contrato acarretaria para a esfera jurídica e patrimonial do lesado¹⁰.

⁸ Neste sentido, *vide* SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, pp.109-123, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], pp.112.

⁹ Assim, MEALHA, Esperança, 2008, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos. [Notas ao artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro]”, *Revista Julgar*, n.º 5, pp.99-120, in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/08-Esperanca-C3%A7a-Mealha-Resp-Adjudica-C3%A7-C3%A3o-contratos-p-C3%BAblicos.pdf> [10.10.2018], pp.113.

¹⁰ Assim, MEALHA, Esperança, 2008, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos. [Notas ao artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro]”, *Revista Julgar*, n.º 5, pp.113 ss.

Caso o particular consiga fazer a demonstração de que era a sua proposta, a melhor proposta e enquanto tal a vencedora, devendo ser-lhe atribuída a adjudicação, terá o direito de ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, “pelo facto de não ter podido celebrar e executar o contrato”¹¹.

Da análise jurisprudencial, é interessante constatar que o *quantum* indemnizatório exigido pelo particular nas ações de responsabilidade pré-contratual fundada em “perda de *chance*” tem sido no sentido de englobar os valores que outros contratos e oportunidades alternativos lhe trariam e que deixou de obter, pelo facto de ter “apostado” os seus recursos “naquele” contrato cuja celebração que se veio a frustrar ou de cujo procedimento foi excluído.

Assim, para o particular uma *indemnização justa* seria aquela que incluísse os “lucros” que ele esperava obter com outro negócio que deixou de celebrar.

Existe jurisprudência dos tribunais superiores que qualifica os prejuízos do particular, neste contexto, como sendo “*lucros cessantes incluídos nos danos negativos*”¹².

Por outro lado, quando tenha havido ilegalidade no ato de abertura do procedimento adjudicatório, têm reconhecido o direito à indemnização pelo interesse contratual negativo, pelo dano da confiança, negando a ressarcibilidade do interesse contratual positivo.

Nestes casos, a jurisprudência reconhece ao particular o pagamento das quantias associadas às despesas tidas com a preparação da proposta e com a participação no procedimento adjudicatório, bem como, com o valor da caução prestada (“reembolso”). Pelo contrário, os tribunais têm rejeitado o ressarcimento pelos prejuízos decorrentes de vantagem eco-

¹¹ Assim, com este entendimento o TCA, no acórdão de 08.09.2011, (processo n.º 06762/10), mencionado por SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf (05.10.2018), pp.117.

¹² A propósito do Acórdão do STA de 23.09.2003, mencionado por SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, pp.109-123, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf (05.10.2018), pp.112.

nómica que adviria com a celebração do contrato¹³. Os lucros expectáveis com o contrato têm sido excluídos do *quantum* indemnizatório.

Importa, neste contexto, trazer à colação as Diretivas Recursos¹⁴, as quais não excluem qualquer tipo de danos para efeitos de indemnização. O Direito da União Europeia prevalece sobre o direito nacional dos Estados-membros, pelo que a Lei de Responsabilidade Civil do Estado e demais entidades públicas acolheu os “ensejos” daquelas diretivas.

Deste modo, cumprindo os princípios da primazia e da uniformidade de aplicação do Direito Europeu no ordenamento jurídico português, a indemnização reconhecida ao particular deveria incluir os danos emergentes, os lucros cessantes, quer estes se reconduzam ao interesse contratual positivo ou ao interesse contratual negativo¹⁵, conquanto que seja estabelecido o pressuposto essencial do nexo de causalidade entre o dano invocado e o facto voluntário (conduta omissiva ou comissiva da entidade pública adjudicante).

Concretamente sobre a “perda de *chance*”, de acordo com ALBERTO CADILHA a grande dificuldade prende-se essencialmente com a avaliação do dano e concomitantemente com a fixação do *quantum* indemnizatório¹⁶. Por outro lado, o ressarcimento do *dano* gerado pela “perda de *chance*” apenas deverá ser tido em consideração em circunstâncias especiais e conquanto que ele revista determinados pressupostos¹⁷ (ver *infra*).

¹³ Os Acórdãos do STA que ilustram esta realidade: 29.09.2005 e 31.10.2006, ambos mencionados por MEALHA, Esperança, 2008, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos. [Notas ao artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro]”, *Revista Julgar*, n.º 5, pp.113-114.

¹⁴ [Cfr. artigo 2.º, n.º 1, al. d) da Diretiva 89/665/CEE e artigo 2.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 92/13/CEE.

¹⁵ Neste sentido, MEALHA, Esperança, 2008, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos. [Notas ao artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro]”, *Revista Julgar*, n.º 5, pp.114.

¹⁶ Sobre o aspeto relacionado com o apuramento do quantum indemnizatório, vide PEDRO, Rute Teixeira, 2008, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.227-232.

¹⁷ Neste sentido, CADILHA, Alberto Fernandes, 2017, “Responsabilidade civil pré-contratual das entidades públicas”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], pp. 97 e ss.

2. Caracteriza73o dos danos na “perda de chance” e sua ressarcibilidade

A “perda de *chance*” corresponde 3 perda da possibilidade de obten73o de uma vantagem patrimonial ou benef3cio que adviria, para a esfera jur3dica do lesado, com a celebra73o do contrato que se veio a frustrar. A este prop3sito, surgem diversas quest3es em torno da tutela da posi73o jur3dica do lesado, sobre as quais, quer a doutrina, quer a jurisprud4ncia t4m assumido posi73es divergentes.

A utilidade no recurso a esta figura prende-se com a exist4ncia de *situa73es interm4dias* ou nebulosas relativas 3 certeza sobre se um dado concorrente iria vencer o concurso [“situa73es entre a certeza da inexist4ncia ou a certeza da exist4ncia de surgimento de uma posi73o jur3dica de vantagem numa esfera jur3dica”]¹⁸.

N3o se trata, pois, de uma situa73o em que o concorrente tinha a seu favor uma “posi73o de resultado garantido”, nem, inversamente, uma situa73o em que a sua proposta seria *facilmente* exclu3da pelo facto de n3o reunir as condi73es constantes do caderno de encargos ou, porque os outros concorrentes apresentam propostas muito superiores com gradua73o e ordena73o em termos tais que arredasse o concorrente “lesado” da adjudica73o.

Estaremos perante uma “posi73o de resultado garantido” com direito a indemniza73o pelo *interesse contratual positivo*, nos casos em que a entidade adjudicante deveria ter celebrado o contrato ou deveria ter escolhido o particular e n3o o fez.

Este 4 um leque de situa73es exemplificativas que origina este tipo de ressarcimento: a) o particular 4 o 3nico que se apresenta como concorrente no procedimento concursal; b) quando os crit4rios do caderno de encargos encontram-se cumpridos integralmente pela proposta do concorrente, n3o podendo ser exclu3do de modo l3cito; c) quando os crit4rios para a adjudica73o s3o objetivos e puramente quantitativos e a proposta do particular 4 facilmente avaliada como sendo a proposta melhor.

¹⁸ Neste sentido, S3NCHEZ, Pedro Fern3ndez, 2017, “Ressarcimento da les3o por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contrata73o p3blica”, in *Contencioso Pr3-Contratual*, Centro de Estudos Judici3rios, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], pp.113.

A “perda de *chance*” ocupa um lugar intermédio, uma espécie de “limbo”, entre a certeza na vitória do concorrente e a certeza da sua exclusão. A tutela ressarcitória do particular excluído ou que vê o contrato não ser celebrado, tem de se sujeitar a *juízos probabilísticos e em termos de percentagem sobre as hipóteses de êxito e de fracasso*.

O tribunal há-de operar um juízo de prognose, quanto à maior ou menor probabilidade, que o concorrente teria, de alcançar o objetivo de ser o adjudicatário escolhido pela entidade adjudicante.

Para o efeito, o tribunal terá de atender aos critérios definidos previamente no caderno de encargos do procedimento e analisar o nível de cumprimento, proposta a proposta, dos demais concorrentes. Por conseguinte, terá de ser analisada também a probabilidade que os outros concorrentes teriam de ser os adjudicatários, pelo menos, os concorrentes melhor posicionados.

Nas situações com estes contornos diluídos, a identificação do vencedor do concurso escapa à análise do tribunal, por depender de apreciações de tipo subjetivo, cuja reconstituição a fim de determinar o adjudicatário, não cabe às competências do juiz. Este apenas atribuirá ao particular um *quantum* indemnizatório em virtude do direito a manter a possibilidade de alcançar uma adjudicação¹⁹, porque a adjudicação tornou-se entretanto jurídica ou fisicamente impossível.

No que concerne ao pressuposto “nexo de causalidade”, o concorrente necessita de provar e demonstrar a *possibilidade* real de lhe ser atribuído o contrato: será indemnizado se provar aquela *possibilidade e não de que o mesmo seria o efetivo seleccionado no ato de adjudicação e viria a outorgar o contrato*.

A maior ou menor complexidade na produção desta prova dependerá fundamentalmente do carácter vinculado ou dotado de maior discricionariedade, na valoração dos critérios de adjudicação constantes do caderno de encargos.

¹⁹ Assim, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], pp.116.

Somente depois de ser realizada a pondera73o quantitativa desses crit3rios preenchidos pela proposta do particular 3 que poderemos concluir sobre se era ou n3o a melhor proposta em termos de gradua73o final.

Ser3 necess3rio avaliar igualmente a proposta que foi considerada a melhor e que, por esse motivo, foi a vencedora e que suscita a “contesta73o” por parte do particular preterido.

Nesta senda, de acordo com a posi73o firmada por PEDRO S3NCHEZ: “Portanto, o valor da compensa73o tem de assentar na prognose [dif3cil mas necess3ria] que o Tribunal precisa de realizar quanto 3s probabilidades maiores ou menores que cada concorrente teria de obter a adjudica73o com base em todos os elementos quantific3veis dispon3veis no procedimento”²⁰.

Por seu turno, ALBERTO CADILHA considera que o direito ao ressarcimento pela “perda de *chance*” ter3 de depender da avalia73o 3 obten73o da vantagem econ3mica (lucro) de que o lesado teria beneficiado caso se tivesse concretizado a probabilidade de vencer. Todavia, de acordo com o Ilustre jurista, o problema coloca-se n3o tanto ao n3vel da prova do nexos de causalidade, mas sobretudo na *quantifica73o* concreta e exata do dano, porquanto “*este 3 o efeito lesivo que poder3 ter resultado da il3cita elimina73o dessa probabilidade, quando esta constitui uma mera expectativa jur3dica*”²¹.

Por esta ordem de raz3es, a “jurisprud3ncia dominante” tem atribuído indemniza73o ao particular com recurso ao ju3zo de *equidade*, nos termos do artigo 566.º, n.º 3, C3digo Civil²².

²⁰ Neste sentido, S3NCHEZ, Pedro Fern3ndez, 2017, “Ressarcimento da les3o por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contrata73o p3blica”, in *Contencioso Pr3-Contratual*, Centro de Estudos Judici3rios, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], pp.116.

²¹ Assim, *vide* CADILHA, Alberto Fernandes, 2017, “Responsabilidade civil pr3-contratual das entidades p3blicas”, in *Contencioso Pr3-Contratual*, Centro de Estudos Judici3rios, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], pp. 98.

²² *Vide*, o Ac3rd3o do TCA Norte, de 08.05.2015 (Joaquim Cruzeiro) in <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/9cda59ecb3a8906a80257eca003a009b?OpenDocument> [06.10.2018]: “se o Tribunal n3o disp3e do grau de probabilidades que a recorrente tinha de ganhar o concurso, e do montante sobre o qual esse grau deve-

Por seu turno, de acordo com ALBERTO CADILHA, perante o prejuízo devido a “perda de *chance*”, o valor da indemnização é obtido “através do grau de probabilidade de o lesado ser adjudicatário [com base em diversos fatores ou índices que relevam para o resultado do concurso] e o lucro expectável [isto é, a diferença sobre o valor da proposta do concorrente e os custos associados à execução do contrato e, *não tem, em regra, de ser formulado com base num juízo de equidade*”²³.

Concretamente sobre a caracterização do dano pela “perda de *chance*”, podemos afirmar que se trata de um: 1. *dano presente*, pois a “posição favorável” na graduação final integrava já a esfera jurídica do particular; 2. *dano atual e real*, visto que é *séria* probabilidade de a proposta do concorrente ser a vencedora, não se tratando, portanto, de uma “mitigada expectativa”; 3. *dano autónomo*²⁴.

O “dano” que é passível de ser ressarcido com fundamento na “perda de *chance*” poderá revestir uma multiplicidade de vertentes²⁵, podendo respeitar: 1. à lesão de um bem ou interesse jurídico devido à atuação ilícita da entidade adjudicante, em desrespeito da *legis artis* e princípios gerais da atividade administrativa, constantes do CPA; 2. à perda de oportunidade de concretização de negócios alternativos ao contrato que se veio a frustrar; 3. ao não ingresso de quantias pecuniárias que poderiam ter sido alcançadas se não tivesse ocorrido a conduta ilícita do lesante,

ria incidir, a indemnização deve ser arbitrada nos termos do artigo 566.º, n.º 3 CC” e, ainda, no mesmo sentido, o Acórdão do TCA Sul de 08.09. 2011 (Fonseca da Paz), in http://www.contratacãopublica.com.pt/xms/files/Jurisprudencia/Tribunais_Administrativos/TCAS_2011_09_08_P6762_10.pdf {15.10.2018}.

²³ Cfr. CADILHA, Alberto Fernandes, 2017, “Responsabilidade civil pré-contratual das entidades públicas”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf {05.10.2018}, pp. 104. (itálico nosso)

²⁴ Neste sentido, vide CARDONA FERREIRA, Rui, 2011, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.240-241.

²⁵ Assim, vide CARDONA FERREIRA, Rui, 2011, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 93-95.

mas cuja obtenção se encontrava dependente de um elevado grau de aleatoriedade²⁶.

Neste sentido, o dano sofrido pelo particular surge *autonomamente tutelável* e distinto do interesse na execução do contrato, denominando-se de “dano pela perda da oportunidade” em obter determinado resultado.

3. Vinculação legal da entidade adjudicante à adjudicação e suas exceções

Um aspeto caracterizador dos procedimentos de contratação pública é a *vinculação antecipada* da entidade adjudicante²⁷. A vinculação à adjudicação e ao dever de contratar (“outorga do contrato”), nos termos dos artigos 76.º e 104.º CCP, iniciam-se logo no próprio momento de abertura do concurso público.

Neste sentido, nas palavras de RUI CARDONA FERREIRA, “a abertura de concurso público e de procedimentos adjudicat3rios p3blicos constitui a entidade adjudicante num dever de contratar, ainda que sujeito: ao respeito dos parâmetros por si fixados e à correspondente individualização do co-contratante, assim como, a uma reserva de revogação por motivos de interesse público nos termos legais. Este pressuposto funda normativamente o direito do concorrente ilicitamente preterido a ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, correspondente aos lucros cessantes que resultariam da execução do contrato”²⁸.

Importa, no entanto, referir que a realidade da contratação pública é multifacetada, revestindo-se de uma enorme complexidade prática inerente à natureza dos interesses que se visa prosseguir (interesses públicos) e porque nela intervêm uma vasta miríade de intervenientes.

²⁶ Acerca da caracterização do dano pela perda de *chance*, vide PEDRO, Rute Teixeira, 2008, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.221-227.

²⁷ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], p.122.

²⁸ Neste sentido, vide CARDONA FERREIRA, Rui, 2011, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.90 e seguintes.

Por virtude deste facto, quando analisamos a pertinência da pretensão ressarcitória do particular com fundamento na decisão da entidade adjudicante no sentido de não adjudicação ou na sua preterição no âmbito concursal, há que indagar, *prima facie*, se as causas inerentes a essa decisão são ou não conformes à lei²⁹.

Na verdade, pese embora exista o dever de adjudicar ou contratar por parte das entidades adjudicantes, previsto nos artigos 76.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP), encontram-se previstas *causas lícitas* de não adjudicação no artigo 79.º, alíneas a) a g), CCP. Todas as outras situações que se encontrem fora do elenco taxativo do artigo 79.º, n.º 1, serão havidas como ilícitas, porquanto desconformes à lei.

Iniciamos a nossa exposição, realçando em especial as situações contempladas no artigo 79.º, alínea c) e alínea d).

A alínea c) reporta-se a “*circunstâncias imprevistas*” que levam à necessidade de alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento, ao passo que a alínea d) refere-se a “*circunstâncias supervenientes* relativas aos pressupostos da decisão de contratar”.

Tanto uma situação, como a outra, conduzem à decisão de não adjudicação “*tout court*”, ou seja, implicam a “revogação da decisão de contratar”, de acordo com o artigo 80.º, n.º 1 CCP.

Impõe o n.º 4, do artigo 79.º que a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não hajam sido excluídas até ao momento em que surge a causa lícita que conduz à decisão de não adjudicação.

Esta indemnização reconduz-se às despesas que comprovadamente tenham tido com a preparação e elaboração das propostas. Trata-se, portanto, de uma indemnização pelos danos patrimoniais, na modalidade de danos emergentes e que, na verdade, não é mais que um (mero) “reembolso” pelos valores subtraídos à esfera patrimonial dos concorrentes com o procedimento adjudicatório.

²⁹ Assim, com este entendimento, Acórdão do STA de 14.01.2016 (Maria Benedita Urbano), *in* <http://www.dgsi.pt/JSTA.NSF/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/210782551bc28d4b-80257f400043d16b?OpenDocument&ExpandSection=1> [06.10.2018]

O dever de ressarcimento ao “concorrente” (n3o j3, do “candidato”)³⁰ estatu3do pelo disposto no n.º 4, do artigo 79.º poder3 ser perspetivado de dois modos.

Por um lado, a indemniza3o pelo interesse contratual positivo, com vista a colocar o particular na situa3o em que estaria se o contrato tivesse sido pontual e integralmente celebrado.

Por outro lado, a indemniza3o pelo interesse contratual negativo ou pelo dano da confian3a, destinado a colocar o particular na posi3o em que estaria se n3o tivesse confiado no “convite a contratar”, ou seja, se n3o tivesse “ingressado na aventura procedimental” que acabou mal.

O concorrente 3 indemnizado pelo facto de ter alocado os seus recursos financeiros e t3cnicos nesse procedimento adjudicat3rio que gerou o dano na sua confian3a depositada na celebra3o do contrato que se veio a frustrar. Esta situa3o merece ressarcimento pelos danos patrimoniais, na modalidade de danos emergentes consubstanciados no “reembolso” das despesas tidas com a prepara3o e elabora3o da proposta.

³⁰ Aos [meros] “candidatos” n3o 3 reconhecido o direito a indemniza3o, nos termos do artigo 79.º, n.º4, porquanto estes apenas participam no procedimento numa fase preparat3ria, embrion3ria, sem realizar qualquer declara3o negocial, tendo tido despesas comuns a todos os intervenientes e que eram indispens3veis ao pr3prio “ingresso” no procedimento nessa 3tapa contratual. Distinta 3 a situa3o dos “concorrentes”, os quais tiveram o esfor3o de elaborar e preparar uma proposta contratual, desembolsando despesas, por vezes, avultadas com equipas t3cnicas e especializadas, designadamente com escrit3rios de consultoria, de advocacia e juristas. O “investimento” dos particulares 3 sobejamente superior, tanto de uma perspetiva financeira, como de uma perspetiva de recursos humanos, t3cnicos e ao n3vel do “tempo” despendido. Os concorrentes s3o aqueles particulares que, participando no procedimento adjudicat3rio, prestaram j3 a sua declara3o negocial perante a entidade adjudicante, sendo, por isso, o seu grau de vincula3o jur3dica e contratual est3vel e s3rio, tanto que n3o podem retirar a sua proposta, s seu “bel-prazer” sem que haja consequ3ncias jur3dicas.

No entanto, importa sublinhar que tamb3m nem todos os concorrentes s3o visados pelo ressarcimento 3 luz do preceito supra referenciado, merecendo essa tutela indemnizat3ria, apenas os concorrentes cujas propostas n3o fossem exclu3das, n3o apresentando causas de exclus3o face ao caderno de encargos.

Se estivermos perante uma proposta que seria 3 partida exclu3da, por n3o cumprir os requisitos exigidos, n3o faz sentido indemnizar esse privado, tal como se indemniza e tutela a prote3o do privado que apresentou uma proposta adjudic3vel, em posi3o de ganhar o concurso. Seria in3quo reconhecer o direito a indemniza3o a um particular cuja proposta iria ser exclu3da e que nunca iria vencer o concurso.

Da perspetiva da esfera jurídica do particular, existe o direito à adjudicação e à celebração do contrato, conquanto que preencha os pressupostos ou parâmetros estipulados nas peças do procedimento.

Por conseguinte, a indemnização pelo interesse contratual positivo do concorrente preterido somente poderá ser reconhecida ao particular, na condição estrita de este comprovar que seria o adjudicatário, parceiro, co-contratante efetivamente escolhido pela entidade adjudicante. Esta prova constitui o elemento essencial e decisivo para o ressarcimento do particular perante a “desistência” da entidade pública em avançar com a adjudicação.

Verificando-se, outrossim, a modificação dos elementos essenciais do procedimento adjudicatório poderá ser gerada na esfera jurídica e patrimonial do particular o direito a ser ressarcido. De facto, a não adjudicação nos moldes anunciados e nos quais o particular fundamentadamente confiou, alicerçou as suas expectativas contratuais e com base nas quais desenvolveu esforços e despendeu recursos financeiros e técnicos também origina o dever de a entidade adjudicante ressarcir o concorrente, conquanto que este tenha *despesas acrescidas* com a *readequação* da sua proposta aos “novos” critérios adjudicatórios.

A *discricionariedade* da entidade adjudicante também suscita questões no que concerne à tutela ressarcitória do privado.

PEDRO SÁNCHEZ considera que a indemnização pelo interesse contratual positivo do concorrente ilícitamente preterido não é colocada em causa, em geral, pela natureza dos poderes discricionários exercidos pela entidade adjudicante³¹. No entanto, existem reflexos no momento da indemnização ou reduzir o número de casos em que a indemnização deva ser atribuída.

A existência de poderes discricionários no juízo a realizar pela entidade adjudicante, quanto ao mérito das propostas, pode dificultar a verificação do pressuposto do nexo de causalidade por parte do Tribunal.

³¹ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018].

Esta situa73o, no limite, 3 pass3vel de enfraquecer a posi73o do particular, ao mesmo tempo que cria uma *tendencial irresponsabilidade ou impunidade das entidades adjudicantes*³². O recurso 3 “perda de chance” auxilia a mitigar esta “injusti73a”, na medida em que permite o reconhecimento de uma indemniza73o parcial dos lucros cessantes.

3.1. Desvios il3citos 3s regras de contrata73o p3blica: “preteriu73o ilegal de candidato”, “n3o adjudica73o ilegal” e a “n3o celebra73o ilegal do contrato”

A entidade adjudicante encontra-se vinculada ao cumprimento escrupuloso dos princ3pios da igualdade, n3o discrimina73o em raz3o da nacionalidade, objetividade, imparcialidade, transpar3ncia, boa-f3 e lealdade contratuais, resultantes do Direito europeu em mat3ria de contrata73o p3blica e que se encontram plasmados, respetivamente, quer no C3digo dos Contratos P3blicos e no C3digo do Procedimento Administrativo.

Sempre que o contrato tenha sido celebrado e da aplica73o daqueles princ3pios resulte que o *concorrente preterido deveria ter sido adjudicat3rio*, encontra-se, subsidiariamente, fundado tamb3m o direito a uma indemniza73o pelo interesse contratual positivo.

No caso em que a entidade adjudicante selecciona como seu “parceiro” para a execu73o de um contrato, um concorrente cuja proposta que deveria ter sido exclu3da por n3o ser a melhor solu73o da perspetiva do interesse p3blico que se visa prosseguir, da necessidade coletiva que se procura satisfazer, n3o atingindo os crit3rios constantes do caderno de encargos, como a proposta do concorrente que foi preterido, ent3o estamos perante um ato de adjudica73o ilegal.

A entidade adjudicante n3o cumpriu bem a sua miss3o de avaliar e ordenar escrupulosamente as propostas e assim excluiu o concorrente que deveria ter sido o vencedor e adjudicou ilegalmente.

³² Vide, a este prop3sito, S3NCHEZ, Pedro Fern3ndez, 2017, “Ressarcimento da les3o por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de chance nos procedimentos de contrata73o p3blica”, in *Contencioso Pr3-Contratual*, Centro de Estudos Judici3rios, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf (05.10.2018) e ainda CARDONA FERREIRA, Rui, 2011, *Indemniza73o do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contrata73o p3blica)*, Coimbra Editora, Coimbra.

A avaliação, a graduação e a decisão da entidade adjudicante foram insuficientes e padeceram de erros ou vícios (na eventualidade de se ter verificado a violação dos princípios supra mencionados e outras regras jurídicas). Por esse motivo, existe ilicitude no comportamento da entidade adjudicante que lhe impõe o dever de indemnizar o particular lesado, que deveria ter sido o adjudicatário.

De igual modo, estaremos perante *causas ilícitas* de não adjudicação, quando a entidade adjudicante *desiste* do procedimento fora das situações elencadas no artigo 79.º, n.º 1 CCP.

A não adjudicação traduz-se numa violação das regras do CCP e dos direitos dos concorrentes, frustrando as legítimas expectativas destes particulares que confiaram na seriedade da entidade pública.

Mais precisamente, trata-se de uma omissão ilegal, porquanto a não adoção do ato de adjudicação é um ato ilegalmente omitido porque não se encontra a coberto das causas lícitas justificativas do artigo 79.º, n.º 1 CCP.

A “não celebração ilícita do contrato” insere outra tipologia de desvios ilícitos à contratação pública.

Após a adjudicação, o n.º 1 do artigo 104.º CCP estatui que a celebração do contrato deverá ter lugar no prazo de *30 dias contados a partir da data da aceitação da minuta* ou da decisão sobre a reclamação, sendo que se a assinatura for presencial o *adjudicatário* tem de ser notificado com cinco dias de antecedência mínima ou se for assinatura pelos meios eletrónicos com três dias de antecedência.

Ora, no caso de a entidade pública decidir não outorgar o contrato ou desrespeitar aqueles prazos, o adjudicatário pode exercer vários direitos, nos termos do artigo 105.º, n.º 3 e n.º 4:

Pode “desvincular-se da proposta” e receber o valor da caução prestada, acrescendo uma indemnização pelos encargos comprovadamente tidos com a preparação e elaboração da proposta (danos emergentes).

Estarão naturalmente excluídos os lucros cessantes, pois o adjudicatário decidiu “desvincular-se” da proposta, não podendo ser beneficiado pela sua decisão. Se pretendesse auferir os lucros inerentes à celebração do contrato, manteria, nesse caso, a sua proposta.

Em alternativa à retirada da proposta, à indemnização pelas despesas com essa proposta e caução prestada, o adjudicatário pode exigir judicialmente a celebração do contrato.

No entanto, pode suceder que ainda que o tribunal imponha à entidade pública a celebração do contrato, a execução deste se tenha tornado impossível.

Neste cenário, apenas restará ao adjudicatário receber uma indemnização cujo valor engloba todos os lucros do negócio. A finalidade da indemnização é a de colocar o interessado na posição em que estaria se o contrato tivesse sido pontual e integralmente celebrado e cumprido (interesse contratual positivo ou do cumprimento).

Já após a celebração do contrato, poderão também verificar-se vicissitudes relacionadas com momentos anteriores do procedimento e com repercussões no contrato, sendo passíveis de afetar a *eficácia do contrato*.

Na circunstância em que haja recusa do “visto” por parte do Tribunal de Contas, por *motivo imputável à entidade pública adjudicante*, impossibilitando a execução do contrato, é gerado na esfera jurídica do particular um dano patrimonial que merece ser ressarcido. Neste caso, a indemnização deverá ser pelo interesse contratual positivo.

PEDRO SÁNCHEZ considera, a este respeito, que “o artigo 22.º da Constituição não tolera, em tal caso, uma indemnização cujo montante seja inferior ao correspondente ao interesse contratual positivo. A interpretação e aplicação de qualquer norma infraconstitucional que afaste a compensação do interesse contratual positivo ao adjudicatário lesado pela Administração – deve ser rejeitada como desconforme com a Constituição [...]”³³.

Em caso de situações intermédias, cinzentas, em que não há certeza daquele particular ser o vencedor, nem há certeza de ele ser excluído, revela-se imperioso apelar à figura de “perda de *chance*”.

Cumpre-nos referir que, em termos de *quantum indemnizatório*, a indemnização reconhecida aos particulares por “retractação” ilícita do

³³ Assim, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], p.121.

procedimento adjudicatório ou a não celebração ilícita do contrato, terá sempre que ser superior ao valor da indemnização atribuída quando essa adjudicação ou não celebração do contrato é motivada por causas legalmente previstas.

Por último, podemos sintetizar o ora descrito do seguinte modo.

Na circunstância em que se revele *probabilisticamente muito elevada* a hipótese de o concorrente ver-lhe ser atribuída a adjudicação, não fosse o ato ou omissão, ilícitos, por parte da entidade adjudicante, o dano indemnizável deverá corresponder à *perda de vantagem* e de *resultado* e não somente à perda da probabilidade de ser o adjudicatário.

No caso em que esse nível probabilístico seja mais enfraquecido, mas *ainda assim superior a 50%*, a indemnização por “perda de *chance*” deverá ser atribuída pelo valor parcial relativo ao contrato que deveria ter sido celebrado e não o foi, ou seja, correspondente à *vantagem económica parcial que adviria do negócio*.

Quando a probabilidade, de a proposta do particular ser a vencedora, *for fraca, fluída e mitigada* pelos fatores exógenos [demais propostas], colocando-se *sensivelmente ao nível dos 50%*, em que poderia tanto ganhar, como perder, a indemnização deverá assegurar o reembolso pelas despesas tidas com o procedimento, sem atender à vantagem que adviria da celebração do contrato.

O reconhecimento de indemnização ao lesado com fundamento na “perda de *chance*” carecerá da verificação da concreta conduta do lesante. Após esta análise, casuística, ter-se-á de concluir que o candidato lesado *provavelmente* teria sido o escolhido, não fosse o facto de a entidade adjudicante ter ilegalmente adotado ou omitido a conduta que frustrou a “oportunidade”.

Caso não se tivesse verificado a atuação lesiva, existiria a probabilidade “séria” e “real” de o candidato não ter perdido um “proveito futuro” ou, ao invés, ter evitado uma “desvantagem”³⁴. Portanto, se por um lado,

³⁴ Nestes termos, cfr. Acórdão do STJ de 01.07.2014 [Fonseca Ramos] *in* <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d->

a “perda de *chance*” tem de ser autónoma face à “perda efetiva” devido à obliteração daquela, por outro lado, a “*chance*” tem de ser séria e real.

4. Considerações finais

A ideia de um prejuízo emergente e autónomo a título de “perda de *chance*” no âmbito da responsabilidade pré-contratual na contratação pública, não tem sido acolhida pacífica e unanimemente quer pela doutrina, quer pelos tribunais. Verificamos, com interesse, que a figura de “perda de *chance*” é aceite, na responsabilidade civil, sobretudo na responsabilidade por atos médicos.

A nossa reflexão gravitaciona em torno do “dilema” sobre a ressarcibilidade (ou não) da “perda de *chance*”, sobre que tipo de danos e sobre qual o *quantum* indemnizatório que deve ser reconhecido ao particular lesado, nas situações de *incerteza*. Incerteza sobre se seria o vencedor ou o excluído do procedimento adjudicatório.

A complexidade da questão sobre a ressarcibilidade da perda da oportunidade existe devido à “*álea*” ou risco latente ao sucesso do objetivo a que o candidato se propôs ao aderir ao concurso público.

Verificam-se inúmeras situações em que não pode ser feita a afirmação de que aquele candidato seria o escolhido, não existindo uma “posição de resultado garantido”, ou porque são muitos os concorrentes ou porque são complexos (não unicamente quantitativos) os critérios de adjudicação.

Devido a este facto, a parte da jurisprudência e da doutrina que aceitam a aplicabilidade da “perda de *chance*” na responsabilidade pré-contratual, têm considerado que a indemnização reconhecida ao particular por “perda de *chance*” não tem como finalidade indemnizá-lo pela perda do resultado pretendido, mas sim pela perda da oportunidade perdida encarada como “um *direito em si mesmo* violado”³⁵.

090034f717?OpenDocument (05.10.2018): “Há perda de *chance* quando se perde um proveito futuro, ou não se evita uma desvantagem por causa imputável a terceiro”.

³⁵ Assim, cfr. Acórdão do STJ de 01.07.2014 (Fonseca Ramos) in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d090034f717?OpenDocument> (05.10.2018). [itálico nosso]

E é nesta perspetiva que encaramos a “perda de *chance*”: como um “direito em si mesmo”, digno de tutela jurídica, o que equivale a dizer, merecedor de ressarcibilidade.

A indemnização do dano patrimonial inerente à “perda de *chance*” é distinta e autónoma relativamente ao “dano resultante da perda do resultado por ela propiciado”³⁶. Nesta senda ALBERTO CADILHA refere que “[...] a “perda de *chance*” não deixa de constituir um dano certo, na modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à probabilidade de o obter”³⁷ [v.g. perda de oportunidade de obter a adjudicação do contrato].

Em conclusão, qualificamos a “perda de *chance*” como uma terceira categoria de interesse contratual, que desempenha um papel fulcral na tutela ressarcitória do particular no âmbito da contratação pública, por possibilitar a indemnização de danos que, de outro modo, ficariam por ressarcir, enfraquecendo a posição do particular que se “relaciona” com as entidades públicas adjudicantes e criando um espaço de impunidade a favor destas.

Assume-se como um instrumento valioso na superação de dificuldades probatórias [nexo de causalidade], na indemnização de certo tipo de danos ficariam excluídos [as oportunidades de negócios alternativos àquele que se frustrou] e na avaliação do *quantum* indemnizatório [a análise probabilística, com recurso a critérios como os de “mercado” e “outros procedimentos adjudicatórios idênticos ou sobre o mesmo tipo de serviços ou bens” permite ser mais justo do que a mera relegação para o “juízo de equidade” do artigo 566.º, n.º 3 CC].

³⁶ Neste sentido, vide PEDRO, Rute Teixeira, 2008, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 221 e, ainda, no Acórdão do STJ de 01.07.2014 [Fonseca Ramos] in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d-090034f717?OpenDocument> [05.10.2018]

³⁷ Neste sentido, ALBERTO CADILHA *apud* SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018], p.117.

Por esta ordem de raz3es, a “perda de *chance*” deveria ser mais utilizada por parte dos tribunais na resolu33o de lit3gios pr3-contra-tuais suscitados no 3mbito da contrata33o p3blica.

Refer3ncias bibliogr3ficas

- ALMEIDA, M3rio Aroso de; CADILHA, Carlos Fernandes, 2017, *Coment3rio ao C3digo de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edi33o, Almedina, Coimbra.
- CABRAL, Margarida Olazabal, 1997, *O Concurso P3blico nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra.
- CADILHA, Alberto Fernandes, 2017, “Responsabilidade civil pr3-contra-tual das entidades p3blicas”, in *Contencioso Pr3-Contra-tual*, Centro de Estudos Judici3rios, pp.91-108, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018]
- CADILHA, Alberto Fernandes; CADILHA, Ant3nio, 2013, *O Contencioso Pr3-Contra-tual e o Regime de Invalidez dos Contratos P3blicos*, Almedina, Coimbra.
- CARDONA FERREIRA, Rui, 2017, “A Responsabilidade Civil pr3-Contra-tual das Entidades Adjudicantes e perda de *chance*”, in *Contencioso Pr3-Contra-tual*, Centro de Estudos Judici3rios, pp.69-88, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018]
- CARDONA FERREIRA, Rui, 2013, “A Perda de *Chance* Revisitada [a prop3sito da responsabilidade do mandat3rio forense]”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, Vol. IV out./dez., pp.1301-1329, in <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2013/ano-73-voliv-out-dez-2013/doutrina/> [10.10.2018]
- CARDONA FERREIRA, Rui, 2011, *Indemniza33o do interesse contra-tual positivo e perda de chance [em especial, na contrata33o p3blica]*, Coimbra Editora, Coimbra.
- CHAPUS, REN3,
- *Droit administratif g3n3ral*, Tome 1, 15.e 3dition, Montchrestien, 2001.
- *Responsabilit3 Publique et Responsabilit3 Priv3e – Les Influences R3ciproques des Jurisprudences Administratives et Judiciaire*, Paris, 1954.
- ESTEVE DE OLIVEIRA, M3rio/ ESTEVE DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Concursos e outros procedimentos de contrata33o p3blica*, Coimbra, Almedina, 2011.
- MEALHA, Esperan3a, 2008, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudica33o dos contratos p3blicos. [Notas ao artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro]”, *Revista Julgar*, n.º 5, pp.99-120, in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/08-Esperan%C3%A7a-Mealha-Resp-Adjudica%C3%A7%C3%A3o-contratos-p%C3%BAblicos.pdf> [10.10.2018]
- PEDRO, Rute Teixeira, 2008, *A Responsabilidade Civil do M3dico. Reflex3es sobre a no33o da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo; SALGADO DE MATOS, Andr3, 2008, *Responsabilidade Civil Administrativa. Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, Lisboa.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo; SALGADO DE MATOS, Andr3, 2008, *Contratos P3blicos Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, Lisboa.

- TEIXEIRA, Angelina, 2015, “Adjudicar e não contratar. As “linhas com que se coze” o direito à indemnização”, *Data Venia*, ano 2, n.º 03, pp. 465-488, in http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p465-488.pdf [10.10.2018].
https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández, 2017, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de *chance* nos procedimentos de contratação pública”, in *Contencioso Pré-Contratual*, Centro de Estudos Judiciários, pp.109-123, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf [05.10.2018]
- SANTOS, Hugo Luz dos, 2016, “O Direito da União Europeia e o princípio da efectividade – sua leitura à luz do princípio da proibição do défice e da responsabilidade extracontratual do estado-juiz por violação do direito da união europeia – a “perda de chance” como direito?: [ainda] o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/01/2014”, *Revista Julgar Online*, in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/09/20160908-ARTIGO-JULGAR-O-direito-da-UE-e-o-princ%C3%ADpio-da-efectividade-Hugo-Luz-dos-Santos.pdf> [10.10.2018]

Legislação nacional

Código Civil

Código dos Contratos Públicos

Lei de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas

Legislação europeia

Diretiva n.º 89/665/CEE

Diretiva n.º 92/13/CEE

Jurisprudência

- Acórdão do STJ de 01.07.2014 [Fonseca Ramos] in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d090034f71?OpenDocument> [05.10.2018]
- Acórdão do STJ de 05-02-2013, processo n.º 488/09.4 TBESP.P1.S1, [Hélder Roque] in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717ed-f380257b0a004db434?OpenDocument> [05.10.2018]
- Acórdão do STA de 14.01.2016 [Maria Benedita Urbano], in <http://www.dgsi.pt/JSTA.NSF/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/210782551bc28d4b80257f-400043d16b?OpenDocument&ExpandSection=1> [06.10.2018]
- Acórdão do STA, 1.ª seção, de 22.03.2018 [Costa Reis], in <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb-f22e1bb1e680256f8e003ea931/501c683cc8d0251b802582650056233e?OpenDocument&ExpandSection=1> [15.10.2018]
- Acórdão do STA [Pleno da 1.ª seção] n.º 1/2010, de 22.10.2009 [Pais Borges], in <https://dre.pt/pesquisa/-/search/616818/details/maximized?drel=130631> [15.10.2018]

- Acórdão do TCA Sul de 24.11.2016 (Nuno Coutinho), *in* <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/0094ff9d3a8a85838025807d0043cf-9f?OpenDocument> (10.10.2018)
- Acórdão do TCA Sul de 08.09.2011 (Fonseca da Paz), *in* http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Jurisprudencia/Tribunais_Administrativos/TCAS_2011_09_08_P6762_10.pdf (15.10.2018)
- Acórdão do TCA Sul de 19.01.2011 (António Vasconcelos), *in* <http://www.contratacao publica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunais-administrativos/Acordao-do-Tribunal-Central-Administrativo-Sul-de-19-de-Janeiro-de-2011-proc-690410/652/> (15.10.2018)
- Acórdão do TCA Sul de 18.11.2010 (Cristina dos Santos), *in* <http://www.contratacao publica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunais-administrativos/Acordao-do-Tribunal-Central-Administrativo-Sul-de-18-de-Novembro-de-2010-proc-676910/569/> (15.10.2018)
- Acórdão do TCA Norte, de 08.05.2015 (Joaquim Cruzeiro) *in* <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/9cda59ecb3a8906a80257e-ca003a009b?OpenDocument> (06.10.2018)

