



Universidades Lusíada

Farinha, Rodrigo Mendes, 1999-

A arbitragem administrativa ad hoc à luz do artigo 476.º do código dos contratos públicos : em concreto, o modo de operacionalização

<http://hdl.handle.net/11067/7232>

<https://doi.org/10.34628/zbz9-e025>

Metadados

Data de Publicação	2023-11
Palavras Chave	Contratos públicos - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 30 (2023)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-27T22:23:28Z com informação proveniente do Repositório

A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA *AD HOC* À LUZ DO ARTIGO 476.º DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: EM CONCRETO, O MODO DE OPERACIONALIZAÇÃO

AD HOC ADMINISTRATIVE ARBITRATION IN THE LIGHT OF ARTICLE 476 OF THE PUBLIC PROCUREMENT CODE: IN PARTICULAR, THE MODE OF OPERATIONALIZATION

Rodrigo Farinha¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/zbz9-e02>

Resumo: o artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos prevê, uma vez verificados determinados pressupostos, a possibilidade do contraente público e do cocontratante recorrerem à arbitragem administrativa para dirimir litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o Código dos Contratos Públicos. No que diz respeito à possibilidade de sujeição do litígio em centros de arbitragem não institucionalizados (*ad hoc*) os requisitos estabelecidos pelo legislador são de tal modo exigentes que, numa primeira análise, parecem vedar a possibilidade das partes recorrer aos mencionados centros de arbitragem. É, assim, necessário analisar quais devem ser os termos da consagração da resolução de litígios por via da arbitragem administrativa *ad hoc* nas peças procedimentais.

Palavras-chave: Arbitragem administrativa *ad hoc*; Tribunais estaduais; Código dos Contratos Públicos; Resolução de litígios; Modo de operacionalização.

Abstract: Article 476 of the Public Procurement Code provides, once certain requirements are met, the possibility for the public contractor and the co-contractor to resort to administrative arbitration to settle disputes arising from procedures or contracts to which the Public Procurement Code applies.

¹ Investigador Colaborador do CEJEA – Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais. Licenciado em Direito. Advogado na “CS’ Associados”. Mestrando em Direito Administrativo.

Regarding the possibility of submitting the dispute to non-institutionalized arbitration centers (*ad hoc*), the requirements established by the legislator are so demanding that, at first glance, they seem to preclude the possibility of parties resorting to the mentioned arbitration centers. Therefore, it is necessary to analyse what should be the terms of the establishment of dispute resolution through *ad hoc* administrative arbitration in procedural documents.

Keywords: *Ad hoc* administrative arbitration; State courts; Public Procurement Code; Dispute resolution; Mode of operationalization.

Sumário: 1. Considerações iniciais 2. A arbitragem administrativa *ad hoc* à luz do artigo 476.º do CCP e o seu modo de operacionalização. 2.1. A (im)possibilidade de impor a resolução de litígios por via da arbitragem administrativa *ad hoc*. 3. Conclusão

1. Considerações iniciais

Nos termos do disposto no artigo 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e no artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), o legislador admitiu expressamente o recurso à arbitragem para a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o Código dos Contratos Públicos. Para o efeito, uma vez cumpridos e verificados determinados pressupostos, a entidade adjudicante pode optar por sujeitar o futuro litígio à jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado (artigo 476.º, n.º 2) ou à jurisdição de um centro de arbitragem não institucionalizado² (artigo 476.º, n.º 3)³.

Nesta senda, pese embora o artigo 476.º suscite diversas questões jurídicas de enorme relevância e que têm sido objeto de exaustivo tratamento por parte da doutrina, com o presente estudo centramos a nossa atenção no que diz respeito ao disposto no seu n.º 3, por forma a analisar o modo de consagração da resolução de (futuros) litígios por via da arbitragem administrativa *ad hoc* nas peças procedimentais. A questão que se coloca é a de saber se em função da ambígua redação que o artigo 476.º apresenta, a par dos exigentes requisitos que, uma vez verificados, permitem o recurso à arbitragem *ad hoc*, estamos perante uma disposição legal praticamente inaplicável (como tem vindo a ser defendido pela doutrina) ou se, em sentido contrário, é possível interpretar o disposto no n.º 3 do artigo 476.º sem com isso esvaziar o seu âmbito de aplicação. Caso se conclua que a norma em análise é passível de aplicação, coloca-se a questão de saber como é

² A denominada arbitragem administrativa *ad hoc*.

³ Verifica-se uma clara preferência pela arbitragem institucionalizada. A este respeito, v., por exemplo, João Miranda, «*Arbitragem e contratação pública – brevíssimas notas*», in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1 janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018, pp. 58-59.

que a entidade adjudicante prevê o recurso à mencionada arbitragem nas peças do procedimento.

Ora, adiante-se, desde já, que no nosso entendimento a única solução que não inviabiliza o recurso à arbitragem *ad hoc* é interpretar o disposto no artigo 476.º no sentido de que a entidade adjudicante, no exercício da sua livre margem de discricionariedade, pode prever genericamente o recurso à mencionada arbitragem, ficando a sua concreta utilização dependente da verificação de, pelo menos, um dos pressupostos consagrados no n.º 3 do artigo 476.º aquando da ocorrência do litígio que se pretenda dirimir. Só assim poderá não ocorrer quando a entidade adjudicante, no momento da elaboração das peças procedimentais, disponha de elementos objetivos que permitam demonstrar que os pressupostos do n.º 3 do artigo 476.º do CCP se encontram ou encontrarão efetivamente verificados. O referido entendimento não obsta a que todas as partes envolvidas no litígio (incluindo os eventuais contrainteressados, sob pena de violação do disposto no n.º 2 do artigo 180.º do CPTA), chegando a acordo e uma vez verificados os pressupostos consagrados no artigo 476.º do CCP, possam recorrer à arbitragem *ad hoc*, apesar de tal possibilidade não se encontrar prevista nas peças procedimentais⁴.

Sendo certo que a previsão genérica a que nos referimos traduz-se num mero convite aos concorrentes, porquanto entendemos que não estamos perante uma verdadeira arbitragem necessária.

2. A arbitragem administrativa *ad hoc* à luz do artigo 476.º do CCP e o seu modo de operacionalização

Apesar da arbitragem institucionalizada não se confundir com a arbitragem *ad hoc*, importa começar por evidenciar que o traço distintivo entre os dois modelos de arbitragem não assenta na possibilidade (ou não) da sua imposição unilateral por parte da entidade adjudicante, mas tão-só na necessidade de se encontrarem verificados determinados pressupostos, taxativamente fixados pelo legislador, para que se possa optar pela segunda em detrimento da primeira. A natureza de ambos os modelos de arbitragem, no sentido de saber se se trata de uma arbitragem necessária, voluntária ou atípica, será a mesma, somente diferindo no momento e no modo em como é consagrada.

Ora, estabelece o n.º 3 do artigo 476.º que “[a] resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados só pode ser determinada numa das seguintes situações: a) [q]uando, face à elevada complexidade das questões jurídicas ou técnicas envol-

⁴ Só assim não sucederá quando *a priori* a entidade adjudicante tenha vedado expressamente essa possibilidade.

vidas, ao elevado valor económico das questões a resolver, ou à inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria, seja aconselhável a submissão de eventuais litígios à jurisdição de tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado; b) [q]uando o processo arbitral previsto nos regulamentos do respetivo centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com o regime de urgência previsto no Código do Processo nos Tribunais Administrativos para os contratos por ele abrangidos; c) [q]uando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência uma resolução mais morosa do litígio; d) [q]uando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência um custo mais elevado para as entidades adjudicantes ou contraentes públicos”.

Ao invés do que sucede a propósito da resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais integrados em centros de arbitragem institucionalizados, o legislador não estabeleceu expressa e concretamente os elementos que a entidade adjudicante «prevê» nas peças procedimentais, limitando-se a enumerar, taxativamente, as situações em que é legalmente admissível «determinar» o recurso à via arbitral *ad hoc*.

Numa primeira análise, a utilização da expressão «determinar» parece corroborar a posição doutrinária que defende que o artigo 476.º consagra uma arbitragem necessária, no sentido de que pode ser imposta aos concorrentes/candidatos (se assim se entender, a entidade adjudicante pode impor o recurso à arbitragem *ad hoc* sempre que considere verificados, pelo menos, um dos pressupostos consagrados no n.º 3 do artigo 476.º)⁵.

Noutro prisma, a montante da questão de saber se se trata de uma arbitragem necessária ou voluntária, entende ainda parte da doutrina que os pressupostos aí enumerados não são passíveis de avaliação no momento da elaboração das peças procedimentais, criticando a opção legislativa adotada e concluindo pela extrema dificuldade de aplicação prática do regime de natureza excecional consagrado no CCP^{6/7}.

⁵ Com esse entendimento, v., por exemplo, Tiago Serrão – «*A arbitragem no CCP revisto*», in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos* (coord. Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira), AAFDL Editora, 2017, pp. 964-968.

⁶ Refere Ricardo Guimarães que os mencionados pressupostos “[...] são requisitos aplicáveis à opção pela arbitragem e, em concreto, por um centro de arbitragem não institucionalizado. Trata-se de requisitos de fundamentação do ato interno de aprovação das peças procedimentais [...]”. Cfr. Ricardo Guimarães – «*A arbitragem e a revisão do Código dos Contratos Públicos*», *Revista de Direito Administrativo* n.º 1 janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018, p. 91. Vide, ainda, Marco Caldeira – «*A arbitragem administrativa em debate*», in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos* (coord. Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira), AAFDL Editora, 2017, pp. 346-354.

⁷ A esse respeito, v., por exemplo, Pedro Sánchez – *Direito da Contratação Pública*, vol. II, AAFDL editora, 2021, pp. 895 e ss..

Da nossa parte, partindo do pressuposto de que o legislador consagrou a solução mais adequada e soube exprimir o seu pensamento (como exige o artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil), entendemos que a estrutura conferida ao artigo 476.º não foi aleatória, não se assumindo suficiente realizar uma interpretação meramente literal da norma em análise, nem tão pouco desconsiderar o disposto no n.º 2 no momento em que se analisa a admissibilidade e os termos do recurso aos tribunais arbitrais *ad hoc*.

Em função do caráter excecional que o legislador conferiu à arbitragem *ad hoc* e tendo consciência de que as situações em que pretendia admitir a sua utilização, regra geral, não eram passíveis de identificação no momento da elaboração das peças procedimentais, não se pretendeu que a entidade adjudicante dotasse as peças de um verdadeiro modelo que definisse *a priori* a possibilidade de recurso à arbitragem administrativa em centros não institucionalizados e os seus concretos termos⁸. Por esse motivo, entendemos que os n.ºs 2 e 3 do artigo 476.º, para além de regularem modelos de arbitragem diferentes, incidem sobre momentos temporais distintos.

O n.º 2 do artigo 476.º circunscreve-se exclusivamente à fase de elaboração das peças procedimentais, exigindo que a entidade adjudicante, tendo a intenção de submeter a resolução de (futuros) litígios em tribunais arbitrais que integram centros de arbitragem institucionalizados, consagre tal possibilidade nas peças que irá apresentar aos concorrentes. Para o efeito, deverá estabelecer, com detalhe, o seu modo de operacionalização, anexando os modelos que resultam do anexo xii ao CCP.

Por seu turno, o n.º 3 do artigo 476.º incide sobre o momento exatamente subsequente à verificação do litígio. O mencionado preceito legal não visa regular diretamente os termos da arbitragem administrativa *ad hoc* nas peças procedimentais, mas tão-só definir taxativamente as situações em que é legalmente admissível recorrer a um tribunal arbitral *ad hoc* para dirimir o litígio identificado no decurso do procedimento de contratação pública ou no decurso da execução do contrato celebrado. É por esse motivo que o n.º 4 do artigo 476.º refere expressamente que “[s]e se optar pela submissão de litígio a tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado, a entidade contratante deve elaborar uma avaliação de impacto dos custos que tal opção importa, designadamente quanto aos honorários de árbitros e advogados, taxas, custas e outras despesas”. Se, por um lado, a citada disposição legal se reporta diretamente à «entidade contraente» e não à entidade adjudicante, por outro lado, no nosso entendimento, tal operação só poderá suceder após a identificação do litígio que se pretende dirimir e depois de se aferir da verificação dos pressupostos que conferem a possibilidade de recorrer à arbitragem administrativa *ad hoc*.

⁸ Tanto assim é que o modelo constante do anexo xii ao CCP tão-só se aplica quando a entidade adjudicante pretenda submeter a resolução de litígios à jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado.

Assim, pretendendo a entidade adjudicante submeter os possíveis futuros litígios à via arbitral, deve ter plena consciência que somente poderá recorrer a um tribunal *ad hoc* caso o litígio que se venha a verificar se subsuma ao âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 476.º. Caso contrário, terá de ser dirimido pelos tribunais estaduais ou, se assim estiver previsto nas peças procedimentais, pelo tribunal arbitral fixado e regulado ao abrigo e nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 476.º.

No entanto, importa reafirmar que o entendimento aqui vertido não desonera (nem poderia desonerar) a entidade adjudicante de prever genericamente a possibilidade de recorrer à via arbitral *ad hoc* nas peças procedimentais, elaborando um modelo que preveja a aceitação por parte dos concorrentes, cocontratantes ou eventuais contrainteressados.

Concretizando, pese embora o n.º 3 do artigo 476.º seja omissivo quanto aos termos da consagração da arbitragem *ad hoc* nas peças procedimentais (até porque não é essa a sua função), ao conjugar o referido preceito legal, com o disposto no n.º 2 do artigo 476.º, em articulação com os princípios gerais que regem o direito da contratação pública, expressamente consagrados no artigo 1.º-A, concluímos que pretendendo a entidade adjudicante que os litígios emergentes da fase pré-contratual, ou contratual, sejam dirimidos em tribunais arbitrais *ad hoc*, deve contemplar essa possibilidade nas peças.

Não se exige que a entidade adjudicante realize um concreto juízo de previsão aquando da elaboração das peças procedimentais – o que se compreende, porquanto, regra geral, não dispõe de elementos suficientes para o efeito – e, por conseguinte, preveja um modelo como é aquele que se encontra previsto no anexo xii ao CCP (onde se estabelece o modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar).

Porém, exige-se que elabore um modelo genérico que preveja a aceitação por parte dos demais intervenientes, sempre que se encontre verificada uma das situações consagradas no artigo 476.º, somente dispondo de discricionariedade para definir quem apresentará legitimidade para, no futuro, impor a mencionada arbitragem⁹. Nessa senda, poderá resultar das peças que (i) unilateralmente, a entidade administrativa pode impor que o litígio seja dirimido num tribunal arbitral *ad hoc*, a constituir; (ii) qualquer uma das partes envolvidas no litígio pode impor à entidade administrativa a resolução do litígio por via da arbitragem administrativa *ad hoc*; (iii) só é possível recorrer aos tribunais arbitrais *ad hoc* quando houver acordo entre todas as partes envolvidas.

Assim sendo, uma vez aceite o convite realizado pela entidade adjudicante aquando da disponibilização das peças, o recurso à arbitragem *ad hoc* será, se assim for pretendido, obrigatório. Em todo o caso, esclareça-se que o tribunal *ad hoc*

⁹ A entidade adjudicante, se assim o entender, pode restringir o recurso aos tribunais administrativos *ad hoc* apenas a uma das situações consagradas no n.º 3 do artigo 476.º.

constituído, sob pena da sentença que vier a ser proferida não produzir qualquer efeito no ordenamento jurídico, deve aferir oficiosamente se, atendendo ao quadro legislativo em vigor, dispõe de competência para dirimir o litígio em apreço ou se, ao invés, nos seus poderes jurisdicionais não cabe o de julgar o litígio identificado, por inobservância do disposto no n.º 3 do artigo 476.º¹⁰.

2.1. A (im)possibilidade de impor a resolução de litígios por via da arbitragem administrativa *ad hoc*

Como oportunamente evidenciado, a entidade adjudicante encontra-se constituída no dever de elaborar um documento, em forma de convite, do qual resulte que o concorrente aceita submeter a resolução de qualquer litígio respeitante a aspetos relativos ao procedimento de formação, ou ao contrato a celebrar, à via arbitral *ad hoc*.

Assim, a possibilidade de resolução de litígios por via da arbitragem administrativa *ad hoc* depende sempre de aceitação por parte dos concorrentes ou cocontratantes, tratando-se, portanto, de uma verdadeira arbitragem voluntária – a arbitragem a que se reporta o artigo 476.º não é estabelecida diretamente pelo legislador, partindo a iniciativa da Administração Pública. Não obstante, esclareça-se, desde já, que não concordamos com o segmento doutrinário que entende que se trata de uma arbitragem voluntária pelo simples facto de o interessado em participar no procedimento de contratação pública, não pretendendo submeter o litígio à via arbitral, ter sempre a possibilidade de não apresentar a proposta¹¹.

Não se ignora que atendendo, tão-só, à letra da Lei, tudo nos levaria a concluir que se trata de uma arbitragem necessária, porquanto a ambígua redação dada ao disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 476.º aponta no sentido de se encontrar em apreço uma verdadeira imposição unilateral por parte da Administração¹².

¹⁰ Aplicando-se, com as necessárias adaptações, o artigo 181.º do CPTA, em conjugação com o artigo 18.º da Lei da Arbitragem Voluntária.

¹¹ Com esse entendimento, *v.*, por exemplo, João Tiago Silveira – «A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do Código dos Contratos Públicos», in Revista de Direito Administrativo n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018, p. 62.

¹² Com exceção dos terceiros que, eventualmente, pretendam recorrer aos tribunais estatuais para dirimir um qualquer litígio. Como bem refere André Gaspar Martins, “[...] a vinculação à arbitragem não valerá para terceiros, ou seja, para os titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos que, embora não participando no procedimento (e, como tal, não assumam a qualidade de concorrentes ou candidatos), sejam afetados por regras estabelecidas ou decisões adotadas nesse contexto. Assim, e a título de exemplo, um *interessado* que pretenda impugnar requisitos mínimos de capacidade técnica ou financeira estabelecidos num concurso limitado por prévia qualificação, poderá (e deverá) fazê-lo junto dos tribunais no Estado – não podendo a entidade adjudicante prevalecer-se da sua «intenção» de ver submetidos à arbitragem todos os litígios emergentes desse procedimento concursal”. Cfr. André Gaspar Martins – «A arbitragem na contratação pública: algumas questões», in Revista de Direito Administrativo n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018, p. 52.

Porém, ao recorrer aos demais elementos interpretativos, através dos quais se consegue determinar o espírito da Lei, a sua racionalidade e a sua razão de ser – a saber, o elemento histórico, teleológico e sistemático – concluímos que a previsão genérica do recurso à arbitragem *ad hoc* sempre que se verifique, pelo menos, um dos pressupostos consagrados no n.º 3 do artigo 476.º, não legitima, sem mais, a entidade administrativa a impor a resolução dos futuros litígios por essa via, encontrando-se sempre dependente de aceitação dos demais sujeitos jurídicos envolvidos¹³.

Sem nos alongarmos sobre a natureza da arbitragem *ad hoc*, uma vez que fica a montante do objeto do presente estudo, importa apenas referir que no nosso entendimento interpretar o disposto no artigo 476.º no sentido de que se trata de uma verdadeira arbitragem necessária demonstrar-se-ia inconstitucional¹⁴. Iria traduzir-se, não só numa restrição de direitos liberdades e garantias diretamente por parte da Administração Pública sem habilitação legal para o efeito¹⁵ (estariamos na presença de uma norma em branco¹⁶), como a restrição imposta ao acesso aos tribunais estaduais, em primeira instância, violaria o princípio da proporcionalidade. A demora que impera sobre os tribunais estaduais não constitui fundamento suficiente para impor aos operadores económicos que suportem os

¹³ Em sentido contrário, *vide* Tiago Serrão – «Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto», in Revista de Direito Administrativo n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018, pp. 93-97. Entendendo que a arbitragem estabelecida no n.º 2 do artigo 476.º se traduz numa arbitragem necessária atípica, *vide* Pedro Sánchez, in *Direito da Contratação Pública...*, ob. cit. pp. 889 e ss..

¹⁴ Sobre a questão da constitucionalidade do artigo 476.º, embora à luz da redação anterior, *vide* Rui Medeiros – «Regime de recursos das decisões arbitrais no CCP revisto – uma reflexão constitucional», in *A Constituição e a Administração Pública: Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português* (coord. Pedro Sánchez e Luís Alves), AAFDL Editora, 2018, pp. 125-126.

¹⁵ Atendendo ao disposto no artigo 476.º do CCP e no artigo 180.º do CPTA, entendemos que o mesmo não cumpre os requisitos que legitimem a Administração a restringir o direito de acesso aos tribunais estaduais, consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, ambos da CRP, por via regulamentar, porquanto as condições de restrição não se encontram prévia e suficientemente especificadas por ato legislativo.

¹⁶ A este respeito, referem J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira que “[r]equisito importante da legitimidade constitucional das restrições aos direitos, liberdades e garantias, é o que consiste na reserva de lei. A reserva de lei tem aqui um duplo sentido: (a) *reserva de lei material*, que significa que os direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos (ou regulados) senão por via de lei e nunca por regulamento, não podendo a lei delegar em regulamento ou diferir para ele qualquer aspecto desse regime; (b) *reserva de lei formal*, o que significa que os direitos, liberdades e garantias só podem ser regulados por lei da AR ou, nos termos do art. 165º, por decreto-lei governamental devidamente autorizado, havendo caso (os previstos no art. 164º) em que não existe sequer essa possibilidade de delegação. Garante-se assim que os direitos, liberdades e garantias não fiquem à disposição do poder regulamentar da administração e que o seu regime há de ser definido pelo próprio órgão representativo, e não pelo Governo (salvo autorização) e, muito menos, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais ou, ainda, pelas entidades públicas dotadas de poder de auto-regulação”. Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira – *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista (reimpressão), Coimbra Editora, 2014, p. 396.

avultados custos que a arbitragem administrativa *ad hoc*, regra geral, implica^{17/18}.

Além do mais, verificar-se-ia uma desconformidade no ordenamento jurídico português sem qualquer motivo justificado. De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 180.º do CPTA “[q]uando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral”. Assim sendo, não se identifica qualquer argumento que permita justificar a necessidade de obter a livre aceitação por parte dos contrainteressados para submeter o litígio à via arbitral, enquanto no que respeita diretamente ao concorrente ou cocontratante a entidade administrativa já pode impor unilateralmente o recurso arbitragem, traduzindo-se numa diferença de tratamento entre os dois sujeitos jurídicos sem motivo que se preze.

Na mesma senda, concordamos com o segmento doutrinário que entende que a imposição, sem qualquer limitação, da arbitragem administrativa, neste caso, *ad hoc*, consubstancia uma limitação do acesso ao procedimento de contratação pública, o que, por conseguinte, implica a violação do Direito da União Europeia¹⁹. A obrigatoriedade de resolver futuros litígios perante tribunais administrativos *ad hoc* desincentiva os operadores económicos com menor capacidade financeira a procurar celebrar contratos públicos, porquanto têm consciência que em caso de litígio não terão capacidade financeira para suportar os custos inerentes a uma arbitragem *ad hoc*, ou a margem de lucro que pretendiam obter com o contrato celebrado, que levou à apresentação da proposta, ficaria significativamente comprometida²⁰.

Em todo o caso, importa ter presente que em certo tipo de procedimentos – principalmente aqueles que movem montantes de maior expressão – a problemática trazida à colação é meramente abstrata e desfasada da realidade, porquanto

¹⁷ A obrigatoriedade de resolução de litígios em tribunais arbitrais não é novidade no ordenamento jurídico português, tendo, inclusive, sido objeto de pronúncia por parte do Tribunal Constitucional (TC). A esse respeito, *vide* Rui Tavares Lanceiro e jurisprudência citada, «O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos», in *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord. Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro), 2.ª ed., AAFDL Editora, 2023, pp. 55-65.

¹⁸ Se quanto aos custos inerentes à resolução de litígios em centros de arbitragem institucionalizados se tem verificado uma aproximação com todos os custos que a resolução do litígio por via dos tribunais estaduais proporciona (não sendo a diferença tão expressiva como outrora já sucedeu), o mesmo não se verifica quando a resolução do litígio ocorre por via da arbitragem em centros não institucionalizados.

¹⁹ Nesse sentido, *v.*, por exemplo, Paulo H. Pereira Gouveia, «*Arbitragem administrativa e Código dos Contratos Públicos: dissidentes da boa administração do interesse público*», in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018, pp. 78 e ss. *Vide*, ainda, Pedro Sánchez, *Direito da Contratação Pública...*, *ob. cit.*, pp. 893-894.

²⁰ Ainda assim, reconhecemos que a questão não é tão linear quanto parece, até porque, até à presente data não existem dados que permitam consolidar o entendimento de que impor o recurso à arbitragem necessária consubstancia uma verdadeira limitação do acesso ao procedimento de contratação pública.

há uma clara preferência, tanto por parte da Administração, como por parte dos operadores económicos, em submeter os futuros litígios que se venham a verificar à arbitragem administrativa *ad hoc*, muito por culpa da demora que impera nos tribunais estaduais e da complexidade jurídica e técnica que, por vezes, a relação jurídica apresenta e que incentiva as partes em litígio a “procurarem” especialistas na matéria.

Dito isto, não só é nosso entendimento que a entidade adjudicante não pode impor a resolução de futuros litígios por via de tribunais *ad hoc*, como ainda concordamos com o segmento doutrinário que entende que nenhuma das alíneas consagradas no n.º 2 do artigo 70.º do CCP prevê a possibilidade de exclusão das propostas apresentadas com fundamento na não aceitação da submissão de futuros litígios a tribunais administrativos arbitrais. E o mesmo se sucede quanto ao entendimento de que não é possível recorrer ao disposto no artigo 146.º, n.º 2, alínea n), do CCP – onde se prevê que no relatório preliminar o júri deve propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas “[q]ue sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto nas regras referidas no n.º 4 do artigo 132.º, desde que o programa do concurso assim o preveja expressamente” – para fundamentar a exclusão definitiva da proposta²¹. A imposição do recurso à via arbitral *ad hoc* não se traduz numa regra específica sobre o procedimento considerada conveniente pela entidade adjudicante e que não tem por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. Por um lado, a estipulação do recurso à arbitragem à *ad hoc* para dirimir os litígios que se venham a verificar no âmbito do contrato celebrado traduz-se numa regra que somente será aplicável na fase de execução contratual, nada se relacionando com o procedimento pré-contratual. Por outro lado, o mencionado “[...] preceito está relacionado com exigências adicionais que sejam previstas por referência à tramitação do procedimento contratual e segundo um critério de «conveniências» da entidade adjudicante, o que não parece reportar-se às regras de resolução de litígios”²².

Assim sendo, a questão que se coloca é a de saber qual a consequência jurídica da imposição, mesmo que em termos genéricos, do recurso à arbitragem administrativa *ad hoc* nas peças procedimentais, ao invés da realização de um mero convite.

A resposta parece-nos simples.

Caso as peças procedimentais sejam omissas quanto à possibilidade de exclusão da proposta, limitando-se a entidade adjudicante a juntar o modelo elaborado através do qual exige a aceitação por parte dos concorrentes/candidatos, o procedimento de contratação pública não será ilegal, razão pela qual a proposta

²¹ Neste sentido, *vide* Pedro Sánchez, in *Direito da Contratação...*, ob. cit., pp. 894-895.

²² Cfr. Ricardo Guimarães, «A arbitragem e a revisão do Código dos Contratos Públicos», in *Revista de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 92.

apresentada, mesmo que não venha acompanhada da mencionada aceitação, não poderá ser excluída, concorrendo com as demais.

No entanto, sempre que a entidade adjudicante imponha expressamente aos concorrentes/candidatos que aceitem a possibilidade de a entidade administrativa impor o recurso à arbitragem *ad hoc*, sob pena da proposta apresentada ser excluída, o procedimento será manifestamente ilegal, não se demonstrando legalmente admissível proceder ao seu aproveitamento. Por conseguinte, impenhe sobre a entidade adjudicante um dever de revogar a decisão de contratar, por aplicação analógica do disposto na al. c), do n.º 1, do artigo 79.º do CCP, o que leva à sua extinção. Só assim poderá não suceder quando for possível demonstrar, em termos objetivos, que todas as partes envolvidas se encontram na disposição de submeter o litígio à arbitragem *ad hoc*, ou, noutra prisma, quando ninguém tenha entregado o documento de aceitação ilegalmente exigido.

Poderia equacionar-se a aplicação à situação em análise o disposto no artigo 51.º do CCP, por forma a concluir que a norma que determina a exclusão das propostas que não venham acompanhadas do modelo de aceitação da submissão do litígio é via arbitral é nula, devendo, portanto, dar-se por “não escrita”^{23/24}. No entanto, não partilhamos do entendimento doutrinário de que por respeito à prevalência do Código dos Contratos Públicos sobre as peças procedimentais, sempre que se verifique uma desconformidade, é possível “dar por não escrito” uma parte do regulamento administrativo elaborado pela entidade adjudicante. É precisamente a circunstância da possibilidade de exclusão das propostas se encontrar “escrita” nas peças, que a entidade adjudicante deve revogar a decisão de contratar, com fundamento na invalidade do procedimento por si desencadeado, explicitando o motivo da sua extinção. Pese embora se reconheça que foi intenção do legislador regular exaustivamente o procedimento de contratação pública e adotar soluções tendentes ao seu aproveitamento, a realidade é que o artigo 51.º jamais pode ser interpretado no sentido de dar cobertura à atuação ilegal da entidade adjudicante, procedendo ao aproveitamento de um procedimento que padece de um vício gerador de nulidade desde o seu início. O entendimento contrário, concluindo-se pela manutenção do procedimento e pela não exclusão da proposta, levaria à violação do princípio da igualdade, porquanto a mesma iria concorrer com as demais propostas que respeitaram a imposição ilegal estabe-

²³ Defendendo o entendimento de que é possível dar segmentos das peças procedimentais como não escritos, embora a propósito de uma temática diferente, *vide* Pedro Sánchez, in *Direito da Contratação Pública*, vol. I, AAFDL Editora, 2020, pp. 654-655.

²⁴ A respeito do princípio da prevalência consagrado no artigo 51.º do CCP, refere Margarida Olazabal Cabral que dele “[...] resulta que o legislador não quis traçar o caminho ao aplicador, mas quis, para além disso, fulminar com a nulidade qualquer veleidade deste ir por rumos distintos”, «*O concurso público no Código dos Contratos Públicos*», in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Almedina, 2008, p. 223.

lecida em regulamento administrativo pela entidade adjudicante²⁵. Ao invés, se simplesmente se determinasse a exclusão da proposta, verificar-se-ia uma violação direta do disposto no CCP e, por conseguinte, do princípio da legalidade. Ao que sempre acresce o facto da exigência estabelecida pela entidade adjudicante condicionar a participação de diversos operadores económicos no procedimento de contratação pública, o que se demonstra frontalmente violador da concorrência e, por conseguinte, do Direito da União Europeia.

Por esse motivo, nas situações identificadas, cumpre à entidade adjudicante, quando adquira consciência da ilegalidade verificada, revogar a decisão de contratar e extinguir o procedimento de contratação pública por si desencadeado.

3. Conclusão

Em suma, quando a entidade adjudicante pretenda submeter (futuros) litígios à via arbitral *ad hoc* deve consagrar essa possibilidade, em termos genéricos, nas peças do procedimento. No entanto, a sua concreta utilização ficará sempre dependente da verificação de, pelo menos, um dos pressupostos consagrados no n.º 3 do artigo 476º aquando da ocorrência do litígio que se pretenda dirimir.

Por outro lado, tratando-se de uma arbitragem voluntária, a entidade adjudicante fica sempre dependente da aceitação do recurso à mencionada arbitragem por parte dos candidatos/concorrentes, não dispondo de base legal para excluir as propostas apresentadas sempre que as mesmas não venham acompanhadas com o documento solicitado. Trata-se, portanto, de um mero convite à submissão de futuros litígios à via arbitral *ad hoc*.

Referências bibliográficas

Cabral, Margarida Olazabal – «O concurso público no Código dos Contratos Públicos», in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Almedina, 2008.

Caldeira, Marco – «A arbitragem no Código dos Contratos Públicos», in *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Pública*, Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro (coord.), 2.ª edição, AAFDL Editora, 2023.

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital – *Constituição da República Portuguesa: anotada*, vol I, 4.ª ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

Gouveia, Paulo H. Pereira – «Arbitragem administrativa e Código dos Contratos Públicos: dissidentes da boa administração do interesse público», in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018.

²⁵ A título de exemplo, o concorrente pode decidir apresentar uma proposta com um valor mais baixo daquele que estaria disposto a receber em condições normais, porquanto, aquando da preparação da proposta e da análise do retorno financeiro expectável que o contrato a celebrar lhe poderia proporcionar, teve em consideração os possíveis custos que poderiam advir em caso de litígio a dirimir pela via arbitral administrativa *ad hoc*.

Guimarães, Ricardo – «A arbitragem e a revisão do Código dos Contratos Públicos», in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018.

Louceiro, Rui Tavares – «Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária – uma análise à luz da jurisprudência constitucional», in *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Pública*, Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro (coord.), 2.ª edição, AAFDL Editora, 2023.

Martins, André Gaspar – «A arbitragem na contratação pública: algumas questões», in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018.

Medeiros, Rui – «Regime de recurso das decisões arbitrais no CCP revisto: uma reflexão constitucional», in *A Constituição e a Administração Pública: Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português*, Pedro Fernández Sánchez e Luís Alves (coord.), AAFDL Editora, 2018.

Miranda, João «Arbitragem e contratação pública – brevíssimas notas», in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, 2018.

Sánchez, Pedro Fernández – *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, reimpressão, AAFDL Editora, 2021.

Sánchez, Pedro Fernández – *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020.

Serrão, Tiago – «A arbitragem no CCP», in *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira(coord.), 4.ª edição, AAFDL Editora, 2021.

Serrão, Tiago – «Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto», in *Revista de Direito Administrativo* n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL, 2018.