

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Âmbito de aplicação

- O recurso à arbitragem em litígios relativos à interpretação, validade e execução de contratos públicos corresponde a uma solução tradicional do direito administrativo, que a revisão do CPTA de 2015 tornou extensiva à impugnação de atos administrativos relativos à formação do contrato, mediante previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar (artigo 180.º, n.º 3).
- O que o artigo 476.º do CCP traz de novo é a introdução de um regime *específico* de arbitragem que se torna aplicável quer aos litígios emergentes de um procedimento pré-contratual (*arbitragem pré-contratual*), quer aos litígios que surjam durante a execução de contratos sujeitos ao regime de contratação pública (*arbitragem sobre contratos*).
- O regime do artigo 476.º está circunscrito aos contratos aos quais é aplicável o CCP, pelo que os contratos que se encontrem excluídos do âmbito de aplicação do Código apenas poderão ser submetidos ao regime geral de arbitragem do CPTA.

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Natureza e eficácia da arbitragem em contratação pública

- A arbitragem regulada no artigo 476.º do CCP reveste, à partida, natureza *voluntária* na medida em que o respetivo regime processual é aplicável apenas quando a entidade adjudicante *opte* pela sujeição do litígio à jurisdição arbitral.
- A vinculação à arbitragem depende da aceitação, por parte dos interessados ou do cocontratante, da remissão do litígio para a jurisdição arbitral, bem como da aceitação do centro de arbitragem institucionalizado a que se pretende atribuir a competência para a resolução do litígio e do regime processual aplicável ao caso.
- O recurso à arbitragem apenas se torna possível, em matéria de contratos públicos, quando todos os possíveis interessados possam participar no processo arbitral, de modo a que a decisão possa ter um efeito *erga omnes* (artigo 476.º, n.º 2, alíneas a) e b)).

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Aceitação da jurisdição arbitral pelos interessados particulares

- O que distingue a arbitragem em contratação pública da arbitragem administrativa regulada, em geral, no CPTA (artigo 180.º) é o procedimento específico destinado a obter a adesão das partes à jurisdição arbitral para a resolução do litígio.
- A opção pelo recurso à arbitragem é declarada no programa do procedimento, quando se trate de litígios relativos ao procedimento pré-contratual, ou no caderno de encargos e no contrato, quando se trate de litígios relativos à execução do contrato.
- A aceitação, por parte dos interessados particulares, formaliza-se através de uma declaração tabelar segundo o modelo previsto no Anexo XII, a incluir na proposta contratual, e pela qual os candidatos e concorrentes ou o cocontratante aceitam a jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado que for identificado, e, como tal, aceitam o modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar.
- A sujeição de um litígio a um tribunal arbitral, em matéria de contratação pública, não depende de um prévio compromisso arbitral convencionado entre os titulares da relação jurídica, bastando a concordância de todos os participantes no âmbito do próprio procedimento de formação de contrato.

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Preferência pela arbitragem institucionalizada

- A entidade adjudicante, quando opte por sujeitar a resolução de um litígio a um tribunal arbitral, deve dar prevalência à arbitragem institucionalizada em detrimento da arbitragem *ad hoc* (artigo 476.º, n.ºs 2 e 3).
- A resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados apenas pode ser determinada excecionalmente, quando se verifique alguma das situações enumeradas no n.º 3 do artigo 476.º (complexidade das questões jurídicas ou técnicas envolvidas/elevado valor económico das questões a resolver/inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria/razões de urgência ou celeridade processual/economia de custos).
- Um dos motivos que pode afastar a arbitragem institucionalizada é a impossibilidade, por falta de previsão regulamentar, de aplicação do regime de contencioso pré-contratual urgente, incluindo no que se refere à adoção de providências cautelares, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º do CPTA (artigo 476.º, n.º 3, alínea b)).

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Recurso da decisão arbitral

- Nos litígios de valor superior a € 500 000 “da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito devolutivo” (artigo 476.º, n.º 5).
- A previsão de recurso para o tribunal estadual nos litígios que impliquem uma maior expressão financeira constitui uma exceção ao regime regra aplicável no domínio da arbitragem voluntária em que funciona o princípio da irrecorribilidade da decisão arbitral: o recurso apenas é admitido quando as partes o tenham expressamente previsto na convenção arbitral (artigo 39.º, n.º 4, da LAV).
- A remissão para os “termos da lei” significa que o recurso é interposto perante o tribunal central administrativo em cuja jurisdição se situe o local da arbitragem (artigo 59.º, n.º 2, da LAV).
- E são admissíveis os recursos que poderiam ser interpostos, em identidade de situação, de sentenças proferidas em primeira instância pelos tribunais administrativos, nada impedindo que a decisão do tribunal central administrativo, em sede de recurso de apelação, seja depois objeto de recurso de revista ou de recurso para uniformização de jurisprudência desde que se verifiquem os respetivos requisitos processuais.

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Recurso da decisão arbitral (continuação)

- A previsão de recurso jurisdicional para um tribunal estadual não contende com a impugnação da decisão arbitral através de pedido de anulação para efeito de verificar a sua conformidade com os princípios essenciais do processo (artigo 46.º da LAV).
- A admissibilidade de recurso para o tribunal estadual obsta a que as partes possam convencionar que o litígio seja decidido segundo a equidade, mesmo quando não estejam em causa questões de legalidade, visto que um julgamento equitativo tornaria inviável a recorribilidade da decisão (artigo 39.º, n.º 4, da LAV).

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Regime subsidiário

- As disposições do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), e n.º 3, do CPTA deixam de ter uma efetiva aplicação prática no âmbito dos contratos aos quais se aplique o CCP quando a iniciativa do recurso à arbitragem provenha da Administração e só relevam quando sejam os interessados particulares (candidatos e concorrentes ou cocontratantes) que pretendam por *motu proprio* remeter a questão para o tribunal arbitral ou recorrer a um centro de arbitragem a que a Administração se encontre vinculada.
- O regime de arbitragem regulado nos artigos 180.º e seguintes do CPTA é aplicável subsidiariamente sempre que um litígio concreto é submetido à arbitragem nos termos do disposto no artigo 476.º do CCP.
- São aplicáveis as regras gerais quanto à constituição do tribunal arbitral (artigo 181.º) e ao funcionamento dos centros de arbitragem (artigo 187.º), tal como os limites à arbitragem (artigo 185.º, n.º 2) e o princípio da publicidade das decisões arbitrais (artigo 185.º-B).

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Dúvidas interpretativas

- Um ponto discutível é o de saber se a entidade adjudicante pode impor aos interessados particulares, mediante a opção efectuada nos documentos conformadores do procedimento, a sujeição do litígio à arbitragem.
- A interpretação que conduza a considerar que o recurso à arbitragem é uma condição da participação no procedimento, e que os candidatos não podem deixar de aceitar, leva a configurar a arbitragem em matéria de contratação pública como *arbitragem necessária* para os particulares.
- A criação de um mecanismo de arbitragem necessária por decreto-lei, sem precedência de autorização legislativa, coloca a questão da constitucionalidade orgânica, dada a conexão com o direito de acesso à justiça e com a competência dos outros tribunais.
- E, dada a orientação do Tribunal Constitucional quanto ao direito de acesso à jurisdição estadual em via de recurso, em caso de arbitragem necessária, torna problemático que o recurso para um tribunal estadual seja vedado nos litígios de valor inferior a € 500 000.

A arbitragem no novo Código dos Contratos Públicos

Dúvidas interpretativas (continuação)

- A admitir-se que a opção feita pela entidade adjudicante nos documentos do procedimento não impede que os concorrentes possam aceitar ou recusar a jurisdição arbitral, então não pode excluir-se que a posição adotada na sua proposta contratual quanto à escolha da jurisdição possa refletir-se nos critérios de adjudicação e influenciar o resultado final do procedimento (pelo que também neste caso se verifica uma discutível limitação da liberdade negocial).
- A solução legislativa suscita ainda reservas no ponto em que poderá limitar a autonomia da vontade das partes quanto à constituição do tribunal arbitral quando se entenda que a entidade adjudicante, no documento conformador do procedimento, pode designar o centro de arbitragem institucionalizado competente para resolver o conflito (com a consequente sujeição a um determinado regime processual).