

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
01445/19.8BEBRG	11 de março de 2021	Maria Benedita Urbano

DESCRITORES

Procedimento pré-contratual > Decisão de não adjudicação

SUMÁRIO

I - A decisão de não adjudicação fundada na al. c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP configura uma derrogação ao dever de adjudicar consagrado no artigo 76.º.

II - A entidade adjudicante que convoca a ocorrência de circunstâncias imprevistas para não adjudicar não pode refugiar-se numa margem de discricionariedade - que o artigo 79.º do CCP claramente não lhe confere - para, sem qualquer justificação minimamente válida, se descartar daquele dever imposto pelo artigo 76.º do CCP.

TEXTO INTEGRAL

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

I - RELATÓRIO

1. Município de Vizela (MdV), devidamente identificado nos autos, recorre para este Supremo Tribunal do acórdão do TCAN, de 18.09.2020, que concedeu provimento ao recurso intentado pela A. e revogou a sentença do TAF de Braga, julgando procedente a presente acção administrativa, com a consequente anulação do acto administrativo impugnado e a condenação do R. a adjudicar à A. o contrato concursado.

A presente acção administrativa urgente de contencioso pré-contratual foi intentada no TAF de Braga por **A....., Lda**, contra o MdV e as contrainteressadas **B....., Lda**, e **C....., SA**. Estava em causa um concurso público para celebração de contrato de aquisição de bens móveis (fornecimento contínuo de granito por um determinado prazo).

2. O R. **Município de Vizela** (MdV) recorre para este STA, apresentando as respectivas alegações, concluindo do seguinte modo (cfr. alegações de fls. 386-403 – paginação SITAF):

“1ª) A decisão de não adjudicação e a revogação da decisão de contratar fundamentaram-se, para o que aqui importa, nas seguintes razões (ponto 8) dos factos provados):

- O material inicialmente previsto em concurso não contém a especificação técnica adequada, de modo a não correr riscos quanto ao tipo de material a adquirir/a ser fornecido; e

- Também de modo a não onerar desnecessariamente a Câmara Municipal ao nível de dotação orçamental alocada aos compromissos assumidos para o ano de 2019.

2ª) Daí que, de facto, nos termos do disposto no artigo 79º nº 1 alínea c) do CCP, não podia haver lugar a adjudicação por uma circunstância imprevista de natureza técnica (o material previsto no anexo A ao Caderno de Encargos não contém a especificação técnica adequada, ou seja, não corresponde ao tipo de material necessário), o que tornava necessário alterar aspetos fundamentais de uma peça do procedimento, ou seja, do caderno de encargos.

3ª) O juízo assim proferido pela administração contém valorações próprias do poder discricionário, que o tribunal não pode sindicar.

4ª) A decisão de não adjudicação e a revogação da decisão de contratar encontram-se suficientemente fundamentadas.

5ª) Mas, ainda que se entendesse que a decisão de não adjudicação e a revogação da decisão de contratar se encontram insuficientemente fundamentadas e, nessa medida, são anuláveis, o Tribunal a quo deveria então ter determinado apenas essa anulação (não a condenação do Réu a adjudicar à Autora o contrato concursado), para que o Réu, em sede de execução espontânea do acórdão, reabrisse o procedimento e praticasse novo acto devidamente fundamentado (artigo 173º do CPTA).

6ª) O acórdão recorrido viola, assim, o disposto nos artigos 79º nº 1, alínea c) do CCP, 153º nº 1 do CPA e 173º do CPTA.

Termos em que deve o presente recurso ser julgado procedente e, em consequência, o acórdão recorrido revogado e substituído por outro que:

a) Julgue totalmente improcedente a acção proposta pela A. ou, se assim se não entender,

b) Julgue a acção apenas parcialmente procedente, limitando-se a anular a decisão de não adjudicação e a

revogação da decisão de contratar”.

3. A A....., ora recorrida, apresentou as suas contra-alegações, formulando, no que para agora mais interessa, as seguintes conclusões (cfr. contra-alegações de fls. 409 a 419 – paginação SITAF):

“a) Inconformado com o douto acórdão que concedeu provimento ao recurso de apelação interposto, que revogou a sentença proferida pelo TAF de Braga, e conseqüentemente, julgou a acção procedente, anulando o acto administrativo impugnado e condenou o R. a adjudicar à autora o contrato concursado, o R. MUNICÍPIO DE VIZELA, interpôs o presente recurso de revista;

b) O recorrente sem razão, aponta à decisão inserta no douto acórdão do TCAN, três vícios, como sendo: 1- A impossibilidade do tribunal sindicar o juízo formulado pela administração, por este conter valorações próprias do poder discricionário; 2 - a fundamentação ser deficiente; e 3 - apenas deveria ser determinada a anulação do acto, não condenando o R. na adjudicação do contrato concursado;

c) Ora, contrariamente ao pretendido pelo recorrente, a decisão proferida pelo TCAN nos presentes autos é correcta e não padece dos vícios que lhe são imputados.

d) Na verdade, como muito bem notou o Tribunal “a quo”, “(...) o verdadeiro objecto do litígio resume-se à validade da causa de não adjudicação que foi activada pela Administração

e) E como se verifica a fls. ... do acórdão, que aqui se dá por reproduzido, e ao qual aderimos na íntegra, o Tribunal, fundamentou pormenorizadamente, de facto e de direito, a ilegalidade cometida pelo recorrente ao não adjudicar o contrato à A. recorrida, dando conta que a revogação da decisão de contratar proferida pelo R., não é subsumível a nenhuma das situações elencada no nº 1 do artigo 79º do CCP;

f) A posição do recorrente, não contém qualquer substrato ou fundamento, pois tal como bem notou o TCAN, o agora recorrente (Município de Vizela) nem sequer indicou ou se conhecem os factos sobre os quais incidiram o juízo e essas valorações próprias do poder discricionário.

g) Pelo que, na total ausência dos factos sobre os quais incidiram o juízo e valorações por parte da Administração, é inelutável que a decisão por esta tomada é ilegal.

h) Quanto à imputada deficiente fundamentação. Contrariamente ao alegado e defendido pelo recorrente, a decisão/acórdão proferido pelo Tribunal “a quo”, encontra-se devidamente fundamentado, tendo sido explanados os fundamentos de facto e de direito que motivaram a decisão;

i) Aliás, em face do “thema decidendum”, foram explicados quais as verdadeiras questões que importava apreciar, para nesse contexto decidir quanto à licitude da actuação do recorrido;

j) E sobre essas questões, o Tribunal adiantou aquilo que melhor resulta do recurso apresentado pela agora recorrente, designadamente o inserto nas conclusões o) e p) quanto à existência da especificação técnica nas peças do concurso que aqui se dão por reproduzidas e acrescentou ainda o douto parecer do Ministério Público, no sentido do Tribunal acrescentar aos factos provados que, do caderno de encargos (Anexo A), consta as quantidades e as características técnicas do granito a adquirir;

k) Com efeito, entendeu e bem o Tribunal, que essa tarefa era desnecessária, uma vez que nem o Réu nem o Tribunal “a quo”(1a instância) negam que existisse a especificação técnica prevista no concurso.

l) E sobre esta matéria e a posição do recorrente, mui claramente refere: “No entanto, uma especificação técnica não deixa de ser adequada e de satisfazer o interesse público prosseguido apenas porque a Administração afirma, em abstracto, que assim é. Claramente a adequação é uma conclusão que tem que ser substanciada em razões e circunstâncias concretas. Não basta, por exemplo, dizer que há material menos oneroso, pois não é por ser hipoteticamente mais oneroso que determinado material deixa de ser adequado para determinada função”.

m) Ademais, tomou posição sobre a invocada circunstância imprevista, dizendo o seguinte: “Igualmente seria necessário que a Administração revelasse e contratasse as razões pelas quais inicialmente optou por determinada especificação técnica e as razões antagónicas pelas quais, mais tarde, entendeu descartar essa primeira opção, de molde a permitir caracterizar a situação como circunstância imprevista, que é requisito necessário para constituir a causa de não adjudicação - Cfr. artigo 79.º n.º 1 c) do CCP”.

n) Acrescentando que, “a qualificação de uma situação como “circunstância imprevista”, para este efeito, não pode radicar na mera reponderação da Administração sobre as cláusulas contratuais estabelecidas, pois se assim fosse, como facilmente se depreende, a regra em matéria de não adjudicação passaria a redundar na cláusula “cum voluerit”, em gritante e injustificável fuga ao dever de adjudicação consagrado no artigo 76.º do CCP”.

o) Sendo ainda certo que, o Tribunal “a quo”, entendeu que no presente caso, verifica-se um “sepulcral” silêncio da Administração, sobre as eventuais razões e circunstâncias concretas aptas a demonstrar a desadequação da especificação técnica em causa e a circunstância imprevista que terá subvertido o interesse público tal como se revelava à data do lançamento do concurso, o que, naturalmente tornou imperioso reconhecer que a decisão de não adjudicação não passa, em ultima análise, de um vácuo racional que não cabe na previsão do artigo 79.º, n.º 1, alínea c) do CCP.

p) Assim, a decisão proferida pelo Tribunal “a quo”, mostra-se cabalmente fundamentada e justificada, não padecendo de qualquer deficiência.

q) Por fim e quanto ao alegado pelo recorrente, de que apenas deveria ser determinada a anulação do acto, não condenando o R. na adjudicação do contrato concursado, importa ter presente que no quadro normativo decorrente da aprovação do Código do Contratos Públicos, é a lei que consagra expressamente a existência do dever de adjudicar, através da injunção constante no n.º 1 do artigo 76.º do CCP, conjugada com a ressalva das situações previstas no artigo 79.º n.º 1 que ali é feita;

r) E à luz do que tem sido o entendimento jurisprudencial e doutrinal maioritário, não há dúvidas de que se encontra legalmente previsto um verdadeiro dever de adjudicação, isto é, de que está aqui em causa o exercício de um poder vinculado quanto ao agir da entidade adjudicante, por estar excluído do elenco de matérias em que predomina o exercício de poderes discricionários, quer quanto ao modo de agir, quer quanto ao sentido ou conteúdo do dever de agir, quer, ainda, quanto ao juízo de oportunidade do agir;

s) E não cabendo, portanto, a decisão de não adjudicação impugnada na hipótese prevista na alínea c) do n.º 1 do art.º 79.º do CCP.

t) Face ao estatuído no artigo 76.º do CCP, impunha-se à entidade adjudicante o especial dever de adjudicação.

u) E foi precisamente esta a posição e decisão do Tribunal “ a quo”, que se mostra absolutamente consentânea com a lei, que perante a ilegalidade cometida pela Administração, importava a sua reparação, condenando o R. Recorrente a praticar o acto devido, ou seja, a adjudicar à A./recorrido o contrato concursado;

v) Deste modo, ao contrário do que vem alegado pelo ora recorrente inexistente qualquer obstáculo à condenação do Município de Vizela à prática do acto devido de adjudicação, e conseqüente celebração do contrato.

w) O acórdão recorrido não incorreu em qualquer erro de julgamento na interpretação e aplicação do Direito aos factos provados nem incorreu em qualquer violação das citadas disposições legais, devendo por isso ser negado provimento ao recurso interposto, e manter-se integralmente o acórdão recorrido”.

4. Por acórdão deste Supremo Tribunal [na sua formação de apreciação preliminar prevista no n.º 1 do artigo 150.º do CPTA], de 03.12.2020, veio a ser admitida a revista, na parte que agora mais interessa, nos seguintes termos:

“(…)

6. O TAF/B julgou improcedente a pretensão deduzida pela A. para o efeito considerando que uma «diferença na especificação técnica adequada do material, que poderá levar a uma menor onerosidade,

configura uma circunstância imprevista na aceção da alínea c), do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, podendo justificar a não adjudicação (por razões de interesse público)», razão pela qual inexistente violação dos arts. 79.º e 80.º do CCP e, nessa medida, não se verificando qualquer ilegalidade «não há lugar à anulação do ato impugnado, não assistindo à Autora o direito à adjudicação do contrato» [cfr. fls. 268/281].

7. O TCA/N revogou este juízo, sustentando que na situação vertente não se mostrava preenchida a «circunstância imprevista» exigida pela al. c) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, sendo que não bastava «dizer que há material menos oneroso, pois não é por ser hipoteticamente mais oneroso que determinado material deixa de ser adequado para determinada função», pelo que para além da anulação do ato administrativo impugnado se impunha condenar o R. a adjudicar à A. o contrato concursado.

8. Compulsados os autos importa, destarte, apreciar, «preliminar» e «sumariamente», se se verificam os pressupostos de admissibilidade referidos no n.º 1 do citado art. 150.º do CPTA quanto ao recurso de revista, ou seja, se está em causa uma questão que «pela sua relevância jurídica» assume «importância fundamental», ou se a intervenção deste Supremo Tribunal se apresenta como «claramente necessária para uma melhor aplicação do direito».

9. Presentes as quaestiones juris supra elencadas e que se mostram colocadas na presente revista resulta como inequívoca a sua relevância jurídica fundamental, porquanto assumem carácter paradigmático e exemplar, nelas se verificando capacidade de expansão da controvérsia, visto suscetíveis de se projetarem ou de serem transponíveis para fora do âmbito dos autos, para outras situações futuras indeterminadas, apresentando, assim, interesse para a comunidade jurídica, o que legitima o recurso de revista como garantia de uniformização do direito nas vestes da sua aplicação prática.

10. Temos, por outro lado, que as mesmas revelam-se ser dotadas de complexidade jurídica, revelada, desde logo, nos juízos diametralmente divergentes realizados nas instâncias, mas, também, pelo facto da sua análise envolver o cotejo e ponderação normativa e principiológica carecida de devida dilucidação por este Supremo Tribunal.

11. Flui do exposto a necessidade de intervenção clarificadora deste Tribunal, e daí que se justifique a admissão da revista”.

5. A Digna Magistrada do MP junto deste Supremo Tribunal, notificada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 146.º do CPTA, emitiu parecer no sentido de que “Deve ser revogado o Acórdão recorrido e substituído por outro que, concedendo provimento ao recurso, julgue a Acção procedente e anule o acto administrativo contenciosamente impugnado”. Pronúncia esta que, objecto de contraditório, mereceu resposta discordante da recorrida **A.....**

6. Sem vistos legais (cfr. art. 36.º, n.os 1, al. c), e 2, do CPTA), vêm os autos à conferência para decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. De facto:

Resulta dos autos como assente o seguinte quadro factual:

“III.1. Factos provados:

Com interesse para a decisão a proferir considero provados os seguintes factos:

1. Por Anúncio publicado em 06.06.2019, na II série do Diário da República, foi dada publicidade ao início de um Concurso Público, promovido pelo Município de Vizela, para a “Aquisição, em regime de fornecimento contínuo, de granito”. – Cfr. fls. do processo administrativo junto a p. 60 do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

2. Consta do “Programa de Concurso” referente ao procedimento referido em 1., entre o mais, o seguinte:

“ (...)

Artigo 6

Critério de adjudicação

A adjudicação é feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, determinado pela avaliação do preço enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP.”. – Cfr. fls. do processo administrativo junto a p. 60 do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

3. Consta da Cláusula 1, n.ºs 3 e 4 do “Caderno de Encargos”, o seguinte:

“3 - As quantidades referidas no Anexo A representam uma estimativa das necessidades do Município para o período em causa, não ficando a entidade adjudicante vinculada á sua aquisição total, podendo em referência a alguns bens a quantidade ser excedida e, em relação a outros, ficar aquém das quantidades indicadas, sendo o limite máximo o preço contratual estabelecido.

4 - Nos termos do número anterior apenas serão pagas as quantidades dos bens efetivamente fornecidos.”.
– Cfr. doc. 2 junto com a p.i., cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

4. Em 12.06.2019, às 17:34 horas, a Autora submeteu na plataforma eletrónica e apresentou a sua

proposta ao referido concurso no valor de € 47.835,00 euros. – Cfr. doc. 3 junto com a p.i., cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

5. O Júri elaborou o Relatório Preliminar, concluindo pela adjudicação à Autora, para o qual se remete por uma questão de brevidade, dando-se por integralmente reproduzido.”. – Cfr. fls. do processo administrativo junto a p. 60 do SITAF e doc. 4 junto com a p.i. cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

6. Os concorrentes foram notificados do Relatório Preliminar para exercer o seu direito de audição prévia. – Cfr. fls. do processo administrativo junto a p. 60 e ss. do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

7. O Relatório Final foi elaborado pelo Júri, em reunião realizada em 05.07.2019, que admitiu a proposta de C....., SA (excluída no Relatório Preliminar) e ordenou em primeiro lugar a proposta da aqui Autora e em 2.º aquela sociedade, para cujo teor se remete por uma questão de brevidade. – Cfr. fls. do processo administrativo junto a p. 60 e ss. do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

8. Em 09.07.2019, o Vice-Presidente da Entidade Demandada enviou e-mail para Luísa Castro, com o assunto: Anulação do concurso público n.º 9/COPV/2019 – Fornecimento contínuo de granito, com o seguinte teor:

Boa tarde,

Na sequência de reunião tida hoje, onde ficaram definidas as obras a executar por administração direta até final do corrente ano, atendendo a que se verifica no concurso público em epígrafe que a quantidade de materiais previstos e submetidos a concurso não vai ser necessária na totalidade para o ano de 2019, tendo em consideração também que o material inicialmente previsto em concurso não contém a especificação técnica adequada, de modo a não correr riscos quanto ao tipo de material a adquirir/ a ser fornecido e também de modo a não onerar desnecessariamente a Câmara Municipal ao nível de dotação orçamental alotada aos compromissos assumidos para o ano de 2019, solicito que diligencie no sentido de elaborar, com a máxima urgência, informação para anulação do procedimento de contratação pública em apreço, para que se proceda à abertura de novo concurso público com as correções atrás mencionadas nas peças do procedimento.

– Cfr. fls. do processo administrativo junto a p. 60 e ss. do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

9. Em 10.07.2019, foi emanada pela técnica D....., a seguinte informação:

“ASSUNTO: Extinção do procedimento e revogação da decisão de contratar nos termos do n.º 1 do artigo

79.º e do artigo 80.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

Concurso Público n.º 09/COPV/2019

Objeto: Aquisição, em regime de fornecimento contínuo, de granito.

Código do Objeto Principal: CPV – 44910000 (Pedra para construção) Considerando que:

- A 31 de maio de 2019 foi submetida à consideração superior a informação n.º I/5140/19, através da qual foi proposto, nos termos do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, a aplicação do procedimento por concurso público, previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 16.º e na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º, ambos do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, para o “Aquisição, em regime de fornecimento contínuo, de granito;

- O procedimento por concurso público decorria de acordo com o estabelecido nas disposições legais aplicáveis, encontrando-se, nos termos do n.º 2 do artigo 148.º do CCP, em audiência prévia, terminando a mesma às 00:00 horas do próximo dia 13 de julho de 2019;

- A 10 de julho de 2019, o júri do procedimento foi informado, pelo Senhor Vereador Joaquim Meireles P. Gonçalves, no uso da delegação de competências do Senhor Presidente da Câmara, de 04 de junho de 2019, que “ ... definidas as obras a executar por administração direta até final do corrente ano, atendendo a que se verifica no concurso público em epígrafe que a quantidade de materiais previstos e submetidos a concurso não vai ser necessária na totalidade para o ano de 2019, tendo em consideração também que o material inicialmente previsto em concurso não contém a especificação técnica adequada, de modo a não correr riscos quanto ao tipo de material a adquirir/ a ser fornecido e também de modo a não onerar desnecessariamente a Câmara Municipal ao nível de dotação orçamental alocada aos compromissos assumidos para o ano de 2019, solicito que diligencie no sentido de elaborar, com a máxima urgência, informação para anulação do procedimento de contratação pública em apreço, para que se proceda à abertura de novo concurso público com as correções atrás mencionadas nas peças do procedimento”.

Assim sendo, e uma vez que nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 79.º e do artigo 80.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, “Não há lugar a adjudicação, extinguindo-se o procedimento, quando: c) por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento”, e porque “A decisão de não adjudicação prevista no artigo anterior determina a revogação da decisão de contratar”, solicita-se autorização para que se dê por extinto o procedimento e se considere a revogação de contratar pelo procedimento por Concurso Público n.º 09/COPV/2019.

Mais se informa que, de acordo com o n.º 3 do artigo 79.º do Decreto-Lei supracitado, “no caso da alínea c) do n.º 1, é obrigatório dar início a um novo procedimento no prazo máximo de seis meses a contar da data

da notificação da decisão de não adjudicação” e que conforme definido no n.º 4 do mesmo artigo “quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas c) (...) do n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas”.

À consideração superior.”. – Cfr. doc. 1 junto com a p.i., cujo teor aqui se reproduz por uma questão de brevidade.

10. Em 10.07.2019, foi proferido o seguinte despacho:

“Face ao exposto na informação dos serviços e nos termos do parecer do Chefe de Divisão autorizo a revogação da decisão de contratar, proceda-se em conformidade, acautelando todas as formalidades legais.”. – Cfr. doc. 1 junto com a p.i., cujo teor aqui se reproduz por uma questão de brevidade.

11. A Entidade Demandada deu início a um novo procedimento de concurso público, em 15.07.2019, a que foi atribuída a referência interna n.º 13/COPV/2019. - Cfr. docs. 1 e 2 juntos com a contestação, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

12. No âmbito do concurso referido em 11., no Relatório Final do Júri, realizado em reunião no dia 13.08.2019, consta a ordenação da proposta da aqui Autora em 3.º lugar. - Cfr. doc. 4 junto com a contestação, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

13. No âmbito do concurso referido em 11., a adjudicação do fornecimento dos bens foi para a sociedade “E....., Lda.”, com uma proposta no valor de 29.400,00 euros. - Cfr. doc. 5 junto com a contestação, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

III.2. Factos não provados:

Inexistem outros factos, para além dos que foram dados como provados, que revelem interesse para a boa decisão da causa.

III.3. Motivação:

A convicção do Tribunal quanto aos factos provados resultou da análise crítica e conjugada do teor dos documentos não impugnados juntos aos autos e ao processo administrativo, conforme referido em cada ponto do probatório, do acordo das partes e da aplicação dos princípios e regras em matéria de prova”.

2. De direito:

2.1. Cumpre apreciar as questões suscitadas pelo ora recorrente, delimitado que está o objecto do respectivo recurso pelas conclusões das correspondentes alegações – sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha nos termos do art. 608.º, n.º 2, ex vi dos arts. 663.º, n.º 2, e 679.º do CPC).

Analizadas as mesmas, o thema decidendum circunscreve-se à apreciação da questão da errada interpretação e aplicação do artigo 79.º, n.º 1, al. c), do CCP (no que se refere à verificação ou não dos respectivos pressupostos de aplicação), e, bem assim, associada a ela, a questão da existência de razões justificativas idóneas e suficientes para apoiar a decisão de não adjudicar e a questão do poder discricionário de que gozará a entidade adjudicante – ambas erradamente julgadas pelo acórdão recorrido conforme sustenta o ora recorrente.

Vejamos se lhe assiste razão.

2.2. O TCAN circunscreveu o thema decidendum a duas questões relacionadas com apenas uma das razões justificativas que constam do acto impugnado para fundar a decisão de não adjudicar nos termos da al. c) do n.º 1 do artigo 79.º. Qual seja, a de que o material previsto no CE não tem a especificação técnica adequada. Quanto às outras razões justificativas – a quantidade de material ultrapassa, afinal, a necessária e o interesse em não onerar desnecessariamente o município ao nível da dotação orçamental para o ano de 2019 –, elas não se mostram idóneas a legitimar a excepção ao dever de adjudicar. A primeira razão – a questão da quantidade – haveria de ser desvalorizada e posta de lado logo pela sentença do TAF de Braga, dada a existência de uma cláusula do Caderno de Encargos (CE) que acautelava este tipo de situação, pois que a quantidade foi definida por estimativa. Quanto à última razão, igualmente se concluiu logo na primeira instância que a oneração desnecessária na dotação orçamental não configura um fundamento autónomo, antes é um “argumento adjuvante”, servindo, como se diz no acórdão recorrido, para “cimentar a convicção sobre a vantagem para o interesse público da não adjudicação do contrato”.

Circunscrito o thema decidendum à segunda das razões justificativas utilizada pela entidade adjudicante, o acórdão recorrido delineou duas questões a abordar:

1) “Sobre a adequação da especificação técnica”;

2) “Sobre a circunstância imprevista”,

Concluindo:

“Da resposta a essas duas questões resultará a solução sobre legalidade ou ilegalidade do acto de não adjudicação e extinção do procedimento do concurso”.

Começemos por abordar a problemática da decisão de não adjudicar, possibilidade prevista expressamente no artigo 79.º do CCP.

Existe um dever legal de adjudicação ex vi do artigo 76.º do CCP, dever que cessa quando se verifica uma das exceções previstas no artigo 79.º. O “órgão adjudicante pode, a qualquer momento – em concreto, até à decisão de adjudicação – tomar a decisão de não dar sequência ao procedimento, sempre que, «por circunstâncias imprevistas seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento». (...) No contexto do artigo 79.º, n.º 1, alínea c), as ‘circunstâncias imprevistas’ não têm de ser novas (supervenientes), nem tão-pouco imprevisíveis pelo órgão adjudicante. Pode, na verdade, tratar-se de circunstâncias existentes no momento da elaboração das peças do procedimento, mas que não foram consideradas, ponderadas ou previstas: por isso se trata de ‘circunstâncias imprevistas’ pelo órgão adjudicante. Além disso, claro pode também tratar-se de circunstâncias novas, que não foram previstas, apesar de previsíveis, ou que eram mesmo imprevisíveis, mas que, apesar de ocorrerem não põem em causa o sentido, a razão de ser ou os pressupostos da decisão de contratar. Em qualquer cenário, exige-se que as novas circunstâncias ou as novas ponderações sobre as circunstâncias existentes ou previsíveis no momento da elaboração das peças determine uma «necessidade» de alteração de aspetos fundamentais das peças” (cfr. **Pedro C. Gonçalves**, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2018, pp. 933-4). Diga-se, ainda, que não é, à partida, relevante que as circunstâncias imprevistas, sejam ou não imputáveis à entidade adjudicante. “De outro modo, estar-se-ia a ‘obrigar’ a entidade adjudicante a levar a efeito um procedimento cuja execução ficaria inviabilizada. E será assim porque a expressão «imprevista» não é confundível com qualquer imprevisibilidade. Existirá uma situação imprevista quando a entidade adjudicante, apesar de poder ou ter a obrigação de poder prever, simplesmente não previu” (ver **Rui Mesquita Guimarães**, “Da adjudicação à celebração do contrato. Reflexões sobre a revisão ao Código de Contratos Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos/CEDIPRE*, n.º 17, p. 70).

Em suma, e genericamente, o interesse público pode, uma vez que se verifiquem determinadas e concretas condições especiais, habilitar o decisor público a reformular a decisão de contratar, no sentido de manter essa decisão, mas noutros termos.

Passando agora à análise da primeira questão do thema decidendum delineado pelo TCAN (“Sobre a adequação da especificação técnica”), o acórdão recorrido discorda do decidido pela primeira instância, entendendo, em síntese, que “uma especificação técnica não deixa de ser adequada e de satisfazer o interesse público prosseguido apenas porque a Administração afirma, em abstracto, que assim é. Claramente, a adequação é uma conclusão que tem que ser substanciada em razões e circunstâncias concretas” e “Nem, por outro lado, vale a pena invocar que “o juízo proferido pela administração contém valorações próprias do poder discricionário, que o tribunal não pode sindicar” quando nem sequer se conhecem os factos sobre os quais incidiram esse juízo e essas valorações”.

O imprevisto de ordem técnica configura uma causa de não adjudicação ou uma excepção ao dever de adjudicar, e a sua convocação tem de ser devidamente fundamentada, pois que está em causa saber se uma tal causa se verificava ou não, vale por dizer, se a entidade adjudicante tinha ou não um dever de adjudicar. A referência às especificações técnicas de um material a fornecer é fundamental, na medida em

que as necessidades da entidade adjudicante (a natureza dessas necessidades) devem ser definidas ou determinadas com o recurso às ditas especificações técnicas, que, no caso de um contrato de fornecimento de material, descrevem as características requeridas do material que constitui o objecto do contrato em causa. Ao definir as especificações técnicas de um material necessário para a realização de uma obra (pública), a entidade adjudicante está, no fundo, a definir as exigências relativas às características do material que pretende tendo em consideração o uso ao qual vai destinado.

Dito isto, pode constatar-se que, no acto impugnado, o R., ora recorrente, não explicitou devidamente em que consistia a desadequação das especificações técnicas do material que consta do CE, limitando-se a uma explicação simplista e praticamente vazia, segundo a qual, o material previsto no CE “não corresponde ao tipo de material necessário”, “de modo a não correr riscos quanto ao tipo de material a adquirir/a ser fornecido”. O recorrente refugia-se na figura da discricionariedade para escapar às críticas de que a sua decisão de não adjudicar não está suficientemente circunstanciada. Com efeito, alega o ora recorrente que a decisão de não adjudicar e de extinguir o procedimento assenta num poder discricionário. É verdade que, por exemplo, por comparação com a situação prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 79.º (em que não se apresentou nenhum candidato ou em que nenhum candidato apresentou proposta), no caso da al. c) a entidade adjudicante goza de algum poder discricionário. Mas, por um lado, ele não equivale a um mero arrependimento da entidade adjudicante. Por outro lado, mesmo deixando de parte a ideia do mero arrependimento, esse poder discricionário não pode ser visto como um poder totalmente livre. De forma genérica, porque a existência de um poder discricionário, que não tem sempre a mesma amplitude, não significa em nenhum caso que quem o exerça está dispensado de fundamentar as suas escolhas, bem pelo contrário. No caso concreto dos autos, a entidade adjudicante goza de um poder discricionário na exacta estrita medida em que está na sua disponibilidade decidir se, verificando-se uma circunstância imprevista, adjudica ou recusa-se a adjudicar com base na al. c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP (vale por dizer, não se trata de decisão automática uma vez objectivamente constatada a existência de uma circunstância imprevista). Mas não mais do que isto, ou seja, trata-se de um poder discricionário praticamente reduzido a zero. E isto, por várias razões facilmente compreensíveis: porque a decisão de não adjudicar só pode ocorrer quando se verificarem objectivamente as situações do n.º 1 do artigo 79.º do CCP; porque a entidade adjudicante é obrigada a dar início a um novo procedimento no prazo máximo de seis meses (n.º 3); porque há um dever indemnizatório pelo interesse contratual negativo nos termos do n.º 4 do artigo 79.º do CCP; e porque a decisão de não adjudicar tem de ser devidamente fundamentada (n.º 2). Ou seja, a possibilidade de lançar mão de uma causa de não adjudicação, assim prevista em termos tão apertados, dificilmente pode ser equiparada a uma cláusula cum voluerit ou si voluerit. Já inversamente, a ideia de visualizar a convocação de uma causa de não adjudicação como uma “gritante e injustificável fuga ao dever de adjudicação consagrado no artigo 76º CCP” esvazia totalmente de sentido a solução que o legislador do CCP consagrou no dispositivo em apreço.

Ao não ter explicitado de forma substanciada em que consistia a desadequação das especificações técnicas do material que consta do CE, ficou também por explicar em que termos se configurou a necessidade imprevista de alteração se aspectos essenciais das peças do procedimento – estando estes dois aspectos intimamente relacionados.

O TCAN acabaria por concluir que:

No caso vertente, perante o “sepulcral” silêncio da Administração, que contagiou decisivamente o Tribunal “a quo”, sobre as eventuais razões e circunstâncias concretas aptas a demonstrar a desadequação da especificação técnica em causa e a circunstância imprevista que terá subvertido as exigências do interesse público tal como se revelava à data do lançamento do concurso, torna-se imperioso reconhecer que a decisão de não adjudicação não passa, em última análise, de um vácuo racional que não cabe na previsão do artigo 79º/1/c) do CPP. É isto que a Recorrente realça, por exemplo na conclusão ee).

Conclui-se com o parecer do MP:

«Por conseguinte, não sendo a fundamentação da decisão de não adjudicação e de revogação da decisão de contratar, proferida pelo R. no âmbito do concurso sub specie, subsumível a nenhuma das situações elencadas no n.º 1 do art.º 79.º do CCP, conclui-se que tal decisão padece de vício de violação de lei, por erro nos pressupostos de facto e de direito, sendo anulável, nos termos gerais (art.º 163.º, n.º 1, do CPA). Pelo que a sentença se não pode manter.»

Não acompanhamos na íntegra esta conclusão. Mais do que afirmar a existência de uma errada percepção da realidade por ocorrer uma divergência entre os factos expressamente invocados para motivar a decisão e a sua efectiva verificação no caso concreto, a constatação mais óbvia a extrair da actuação da entidade adjudicante é a de que as razões convocadas para sustentar o acto por si praticado são, por várias razões, já expostas (v.g., a questão da quantidade dos materiais), imprestáveis para o fundar na al. c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP. Ora, essa deficiente/insuficiente exposição das razões concretas e reais que justificariam lançar mão da excepção desse n.º 1, al. c), apenas pode ser imputada à entidade adjudicante, que não cumpriu aquilo que pode ser visto como um acrescido dever de fundamentação que acompanha a convocação de uma das causas de não adjudicação (ou de uma das excepções) consagradas no artigo 79.º, n.º 1, do CCP. O legislador faz questão sublinhar no n.º 2 do mesmo dispositivo que “A decisão de não adjudicação, bem como os respetivos fundamentos, deve ser notificada a todos os concorrentes”. Fundamentação que há-de ser de molde a esclarecer de forma devidamente circunstanciada e clara por que razão se dá a derrogação da solução regra que consta do artigo 76.º do CCP, qual seja, a da imposição de um dever de adjudicar ao decisor público. Estamos no domínio da contratação pública, domínio este em que valores como a concorrência, a transparência, a igualdade e não discriminação e a imparcialidade assumem um papel relevantíssimo, e se, por um lado, o legislador permitiu que, em face das circunstâncias específicas de um caso concreto, um interesse público maior se sobreponha ao interesse público genericamente tutelado pela solução do artigo 76.º, por outro lado, só o permite se a derrogação a essa solução regra for devidamente justificada. Ao não fazê-lo, ao apresentar razões frágeis, confusas, conclusivas, incompletas, supostamente suficientes em virtude de uma margem de discricionariedade de que erradamente entende gozar, a entidade adjudicante está a favorecer um clima de suspeição e

consequente litigiosidade, nada favorável ao interesse público. A lare, pode considerar-se que estamos aqui 'paredes meias' com aquelas situações em que, além da imposição genérica do dever de fundamentação, a lei especificamente prescreve "uma declaração dos fundamentos da decisão em termos tais que se possa concluir que ela representa a garantia única ou essencial da salvaguarda de um valor fundamental da juridicidade, ou então da realização do interesse público específico servido pelo acto fundamentando" situação em que "a fundamentação é funcionalmente equiparável a um momento constitutivo, negativo ou positivo, da perfeição do acto e, sem ela, os efeitos normativos não podem produzir-se" (cfr. **J.C. Vieira de Andrade**, O dever da fundamentação expressa de actos administrativos, Coimbra, 1991, p. 293).

2.3. Em face de todo o exposto, não se mostrando juridicamente justificada a aplicação da al. c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, deve manter-se a decisão de anular o acto impugnado e de condenar a entidade adjudicante, aqui recorrente, a adjudicar o contrato de fornecimento à A., ora recorrida, sem prejuízo da aplicação do artigo 45.º do CPTA.

III - DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da Secção de Contencioso Administrativo em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente, em manter o acórdão recorrido, julgando procedente a acção.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 11.03.2021

A presente decisão foi adoptada por unanimidade pelos Senhores Conselheiros Maria Benedita Urbano (Relatora), Jorge Artur Madeira dos Santos e Suzana Tavares da Silva, e vai assinada apenas pela Relatora, com o assentimento (voto de conformidade) dos Senhores Conselheiros adjuntos, de harmonia com o disposto no artigo 15-A (Recolha de assinaturas dos juízes participantes em tribunal colectivo) do DL n.º 10-A/2020, de 13.03 - preceito introduzido pelo DL n.º 20/2020, de 01.05.

Fonte: <http://www.dgsi.pt>