

## TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo

Data do documento

Relator

11393/14

6 de novembro de 2014

Paulo Pereira Gouveia

### DESCRITORES

Contratos públicos, adjudicação, caducidade

### SUMÁRIO

I - A caducidade da adjudicação prevista no artigo 91º nº 1 do CCP tem os seguintes requisitos de validade: audiência prévia; imputabilidade ao adjudicatário da violação do prazo de 10 dias; e reconhecimento ou dever de reconhecimento pela entidade adjudicante de que a violação do prazo é imputável ao adjudicatário e não a outrem, nomeadamente à própria entidade adjudicante ou contratante.

II - Esta apreciação de imputabilidade a cargo da entidade administrativa está, naturalmente, sujeita aos princípios e máximas gerais da atividade administrativa, sendo nesses termos fiscalizável pelo tribunal.

III - Num caso em que, objetivamente, a ultrapassagem do prazo tenha um motivo aceitável e relacionado com ação ou omissão da entidade administrativa, deve-se desconsiderar o período de tempo em que o adjudicatário esteve impedido de cumprir o prazo normal por causa de ação ou omissão da entidade contratante.

### TEXTO INTEGRAL

Acordam, em conferência, na 1ª Secção do Tribunal Central Administrativo Sul:

#### I. RELATÓRIO

· R....., S.A., intentou

Processo de contencioso pré-contratual contra

· MUNICÍPIO DE ALMADA.

· Contra-interessada: S.....-S....., S.A.

**Pediu** ao T.A.C. de Almada o seguinte:

- Declaração de nulidade ou anulação da decisão de caducidade da adjudicação da R.....;

- Declaração de nulidade de todos os actos procedimentais subsequentes, por consequentes de um acto inválido retirado da ordem jurídica, incluindo desde logo a adjudicação à S...., nos termos e pelos

fundamentos expostos;

e/ou

- Anulando-se um eventual contrato que tenha já sido celebrado ou venha a ser celebrado na sequência deste procedimento, bens como os respectivos actos de execução e, em qualquer dos casos,

- Deve a Câmara Municipal de Almada ser condenada á adopção dos actos e operações necessários para reconstituir a situação que existiria se os actos anulados ou declarados nulos não tivessem sido praticados, designadamente, ripristinando o ato de adjudicação á R..... e demais formalidades pós-adjudicatórias praticadas.

\*

Por acórdão de 30-4-2014, ao abrigo do artigo 27º/2 CPTA, o referido tribunal **decidiu anular os actos impugnados**, sem prejuízo da regularização da redação do ponto nº4 da garantia bancária.

\*

Inconformada, a C.. S.... recorre para este Tribunal Central Administrativo Sul, formulando na sua alegação as seguintes **conclusões**:

\*

O recorrido **contra-alegou**, concluindo:

(OMISSIS)

\*

O Exmº representante do Ministério Público junto deste Tribunal foi notificado para se pronunciar como previsto na lei de processo.

Cumpridos os demais trâmites processuais, importa agora apreciar e decidir em conferência.

\*

### **QUESTÕES A RESOLVER**

Os recursos, que devem ser dirigidos contra a decisão do tribunal a quo e seus fundamentos, têm o seu âmbito objectivo delimitado pelo recorrente nas conclusões da sua alegação de recurso, alegação que apenas pode incidir sobre as questões que tenham sido apreciadas pelo tribunal recorrido (ou que devessem ser aí officiosamente conhecidas).

Temos, pois, de apreciar o seguinte contra a decisão do tribunal a quo:

1- A prestação da caução foi intempestiva, já que a discutida alteração do nº 4 do Modelo da Garantia Bancária seria sempre desnecessária, face aos artigos 90º, 91º, 295º e 470º CCP e 72º CPA, não podendo haver por isso violação do princípio da protecção da confiança legítima (artigos 5º e 6º-A CPA e 90º e 91º CCP) ou da proporcionalidade e há a aplicação dos artigos 3º e 4º CPA?

2- Como a declaração de caducidade da adjudicação e a adjudicação são atos vinculados, nunca poderia haver violação do princípio da concorrência (artigo 1º/4 CCP)?

3. O artigo 86º/3 CCP não é aplicável ao caso (cfr. DL 278/2009), nem é analogicamente aplicável?

4- Como o ato de adjudicação não é aqui um ato administrativo consequente, o tribunal a quo violou o artigo 133º/2/i) CPA?

\*

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### II.1. FACTOS PROVADOS segundo o tribunal recorrido

\*

Continuemos.

### II.2. APRECIÇÃO DO RECURSO

Aqui chegados, há melhores condições para se compreender o recurso e para, de modo facilmente sindicável, apreciarmos o seu mérito.

Temos presente, em matéria de metodologia jurídica (de “gramática do Direito”, i.e., da inferência da regra jurídica do caso concreto a partir da fonte do direito, através de um processo aplicativo de acordo com a lei), (i) o postulado da coerência normativa e interpretativa, (ii) bem como a destriça entre o modelo lógico da interpretação-aplicação das regras jurídicas (cfr. os artigos 9º e 10º do C.C.) e a interpretação-aplicação dos comandos jurídicos constitucionais que visem concretizar um dever-ser ideal (em que, por causa dos princípios estruturais da “igual dignidade de cada pessoa humana” e do “Estado social e democrático de Direito”, predominam o valor-princípio estruturante e máxima metódica da Igualdade e a máxima metódica da Proporcionalidade com um modelo aritmético de ponderação ou sopesamento - cfr. os artigos 2º, 13º, 17º e 18º da Constituição e 335º do C.C.).

Vejamos, pois.

DA CADUCIDADE DA ADJUDICAÇÃO FACE AOS ARTIGOS 90º (1)., 91º (2), 295º(3) e 470º(4) do CCP e 72º do CPA

A)

O **regime legal** nesta sede é o seguinte:

-o adjudicatário deve prestar a caução no **prazo de 10 dias** a contar da notificação prevista no n.º 2 do artigo 77º do CCP (cfr. artigo 90º/1 CCP);

-a adjudicação caduca se, por facto **imputável ao adjudicatário**, este não prestar, em tempo e nos termos estabelecidos nos artigos 88º a 90º do CCP, a caução que lhe seja exigida; nesse caso, o órgão competente para a decisão de contratar deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente (cfr. artigo 91º CCP);

-a declaração de caducidade da adjudicação **pressupõe um juízo ponderativo** por parte da Administração e exige, à semelhança do previsto no artigo 86º do CCP, a **audição prévia** do adjudicatário nos termos gerais previstos nos artigos 100º ss do CPA (assim: JORGE ANDRADE DA SILVA, **CCP**, 4ª ed., p. 298-299); com efeito, a Administração deve verificar se a causa do incumprimento é ou não imputável ao adjudicatário, o que normalmente não se resolverá com meros juízos de subsunção ou de simples lógica; há, pois, juízos integrados no chamado “poder discricionário”, sindicáveis nos termos gerais e que só têm a ganhar com a audiência prévia.

**Portanto, para que a caducidade da (primeira) adjudicação do contrato seja lícita é necessário**

(i) que o adjudicatário se pronuncie antes da declaração prevista no nº 1 do artigo 91º do CCP (o que aqui ocorreu),

- (ii) que o desrespeito do prazo normal de 10 dias seja imputável ao adjudicatário e
- (iii) que a entidade administrativa reconheça ou deva reconhecer essa imputabilidade.

Assim, no caso que aqui nos ocupa, a 2ª adjudicação (à SIVA) só será lícita se a 1ª (à Renault) tiver caducado licitamente.

B)

Ora, como vimos, o tribunal a quo considerou ilegal o facto de a Ré ter declarado a caducidade da adjudicação feita à R..... em 11-9-2013 e de ter aplicado o nº 2 do artigo 91º do CCP a favor da S..... em 4-12-2013, porque, basicamente, haveria **motivo aceitável** para a R..... entregar a sua garantia bancária na data tardia em que o fez (2-10-2013). E daí ser ilegal a decisão de caducidade de 4-12-2013 da adjudicação da R....., bem como as suas consequências, nomeadamente a adjudicação ao abrigo do artigo 91º/2.

O referido motivo, conforme a tese da R..... e do tribunal a quo, prende-se com a **incongruência** entre o teor do nº 4 da minuta ou modelo de garantia bancária publicitado pela Ré («A presente garantia é válida e exigível enquanto subsistirem quaisquer relações obrigacionais entre o "Adjudicatário" e o Município de Almada, emergentes do contrato referido em 1, supra, e caduca com a extinção do mesmo, pelo seu cumprimento integral, o que será comprovado pelo respetivo ofício devidamente assinado pela Sia, Presidente da Câmara Municipal de Almada, dirigido ao "Adjudicatário"») e o teor do artigo 295º/5 CC («Nos contratos referidos no número anterior em que o prazo ali referido das obrigações de correção de defeitos seja superior a dois anos, o contraente público promove a liberação da caução destinada a garantir a exata e pontual cumprimento das obrigações contratuais, nos seguintes termos: 25% do valor da caução, no prazo de 30 dias após o termo do 2º ano do prazo a que estão sujeitas as obrigações de correção de defeitos, designadamente as de garantia; os restantes 75% , no prazo de 30 dias após o termo de cada ano adicional do prazo a que estão sujeitas as obrigações de correção de defeitos (...)»).

Como se vê, a incongruência existe, já que o teor do nº 5 do artigo 295º citado (para onde o C.E. remete no seu nº 19/4) é contrariado pelo teor simplista do nº 4 da minuta da garantia.

E foi por isso que **a entidade administrativa veio depois (em 23-9-2013) concordar e esclarecer** a R..... do seguinte:

«Exmos Srs.

Sobre a eventual alteração do ponto nº 4 da garantia bancária, conforme vossa comunicação de 20/09/2013 16:39:39, comunica-se o seguinte:

1. O prazo de garantia dos bens é de três anos;
2. Quando o prazo de garantia dos bens é superior a dois anos (artigo 295º, nº5, do CCP), a liberação da caução é efetuada do seguinte modo:

25% da caução, no prazo de 30 dias após o termo do 2º ano do prazo da garantia;

Os restantes 75%, no prazo de 30 dias após o termo do prazo de garantia.

3. Considerando que:

A habilitação ocorreu em 19/09/2013;

O prazo de fornecimento é de 60 dias;

O prazo de garantia dos bens se inicia com a sua entrega.

4. A liberação da caução será efetuada nos seguintes termos:

25% do seu valor em 19/12/2015;

75% do seu valor em 19/12/2016.

5. O ponto 4 da garantia bancária deverá estar de acordo com o referido no ponto anterior».

Nesta conformidade, a partir do momento (23-9-2013) em que a Administração aceita o diálogo, que se nos afigura perfeitamente justificado, **não pode a final argumentar e decidir como se o mesmo não tivesse existido ou fosse injustificado**, sendo certo que o diálogo justificado foi encetado em 20-setembro e terminou em 23 do mesmo mês quando o adjudicatário teve conhecimento de que iria apresentar a garantia bancária de acordo com a comunicação que recebera da entidade administrativa no dia anterior. A garantia foi apresentada em **2-10-2013**.

Ora, terminando o prazo primitivo normal em 27-9-2013, mas **acrescentando-lhe os 3 dias úteis do diálogo justificado ocorrido entre a ré e a interessada**, o tempo que demorou o esclarecimento pela entidade administrativa do impedimento constatado licitamente pela adjudicatária R....., não se pode afirmar que o prazo legal tenha sido incumprido por facto imputável à adjudicatária. Na verdade, aditando os 3 dias úteis ao prazo normal sem impedimentos imputáveis à entidade administrativa, chegamos ao prazo limite de 2-10-2013, precisamente aquele que foi cumprido pela R.....

Portanto, a garantia legalmente exigível foi apresentada fora do prazo de 10 dias, por **um motivo justificado imputável à entidade administrativa**. E a data em que foi apresentada deveu-se **totalmente** ao período **necessário** para a adjudicatária ultrapassar o impedimento criado pela entidade administrativa. Foi assim o entendido na 1ª instância, embora com uma pequena diferença de um dia na contagem do prazo.

Isso quer dizer que, quanto ao prazo, **também valem aqui as máximas da proporcionalidade administrativa e da boa-fé previstas na Constituição e nos artigos 5º/2 e 6º-A do CPA, porque**, se não se atender aos dias em que a adjudicatária esteve objetivamente impedida, por culpa da entidade administrativa, de cumprir os artigos 90º/1 e 295º/5 do CCP, haverá **um procedimento injusto, excessivo e desleal**. Em rigor, tudo se deve passar como se aqueles dias de impedimento fossem uma causa de suspensão do prazo legal.

Ou então, **o que vai dar ao mesmo resultado em termos de patologia e de desvalor jurídico a final**, deve exigir-se que a entidade administrativa adote conduta igual à prevista no **nº 3 do artigo 86º do CCP**, (5) como veremos infra: a entidade administrativa, causadora do impedimento ao cumprimento do prazo legal normal de 10 dias, devia conceder à adjudicatária, em função do caso concreto, um prazo **adicional** para a apresentação da garantia em falta, sob pena de caducidade da adjudicação; o que aqui não foi feito, assim se ferindo os legítimos direitos e interesses da adjudicatária ora recorrida.

Improcede, assim, este ponto das conclusões do recurso.

C)

Do acabado de referir se conclui ainda que esta declaração de caducidade da adjudicação, prevista no artigo 91º/2 do CCP, **não é um ato administrativo simplesmente vinculado**.

Por isso está **condicionado**, como todos os atos com discricionariedade, aos princípios gerais da atividade administrativa, já referidos, com o resultado também já apurado.

Improcede, assim, este ponto das conclusões do recurso.

D)

Os artigos 100º ss do CPA tornam dispensável o recurso analógico ao artigo 86º/2 do CCP, em sede de aplicação do artigo 91º do CCP.

Mas o mesmo já não se pode fazer com respeito à questão dos prazos e do cit. nº 3 do artigo 86º do CCP, em sede de aplicação do artigo 91º do CCP.

Com efeito, parece-nos correto invocar-se na sentença recorrida a analogia legis ou analogia particular (cfr. o artigo 10º CC; OLIVEIRA ASCENSÃO, **O Direito...**, 2005, no importante capítulo dedicado à integração das lacunas; TEIXEIRA DE SOUSA, **Introdução ao Direito**, 2012, pp. 402-408; FERNANDO J. BRONZE, **Lições de Introdução...**, 2ª ed., pp. 940-974), pela simples razão de que **a legítima pretensão da ora autora**, de se proteger com o disposto nos artigos 266º, 267º-5 e 268º da CRP e ainda nos artigos 5º ss e 100º ss do CPA (condicionantes e limites da margem de livre decisão administrativa pressuposta no artigo 91º/2 cit.), **implica uma objetivação quanto a prazos**. Prazos que a lei não prevê.

E daí a utilidade e aplicabilidade ao caso regulado no artigo 91º cit. do nº 3 do artigo 86º do CCP, por analogia particular.

Na verdade, e trata-se de aspeto não referido até agora, esta aplicabilidade do artigo 86º/3 do CCP **significa que o prazo (suplementar) nem começou a correr no caso presente, pois não foi fixado e notificado à adjudicatária**. Dum ponto de vista de interpretação-aplicação de normas infraconstitucionais (aqui, do CCP), esta é a solução adequada e imposta pelo artigo 10º/1/2 do CC.

É uma solução jurídica **confirmada pelos corolários** do sobreprincípio da Justiça, que são o princípio da boa-fé administrativa e a máxima da proporcionalidade administrativa, como acima abordados.

Portanto, a entidade administrativa nunca poderia aplicar aqui o nº 2 do artigo 91º do CCP sem antes fixar um novo prazo para a (primeira) adjudicatária apresentar a sua garantia bancária, sob pena de ficar impedida de declarar a caducidade da adjudicação. Como o fez, agiu ilegalmente.

**Isso sem prejuízo de** entendermos que a entrega da garantia bancária efetivamente ocorrida foi lícita, atento o prazo decorrido, **exatamente correspondente ao período do impedimento imputável à entidade administrativa (3 dias úteis)**, razão pela qual nunca poderia haver declaração de caducidade da adjudicação à ora recorrida. A garantia foi apresentada no prazo legal de 10 dias, se descontados os dias em que a entidade administrativa objetiva e juridicamente impediu a adjudicatária de apresentar a garantia.

E)

Finalmente, a recorrente invoca que o ato de adjudicação não é aqui um **ato administrativo** (cfr. artigos 120º CPA e 51º/1 CPTA) **consequente**, pelo que o tribunal a quo teria violado o artigo 133º/2/i) do CPA quanto à segunda adjudicação.

**Um ato administrativo é ato consequente** de outro anterior quando este é seu pressuposto essencial, de tal forma que o ato considerado só tenha sido praticado ou dotado de certo conteúdo em virtude da prática desse outro ato. É, obviamente, o caso da 2ª adjudicação como prevista no artigo 91º/2 do CCP.

Por isso, sendo ilegal (anulável e anulado) o ato anterior (a declaração da caducidade da adjudicação à R.....), ilegal é o ato consequente (a adjudicação à S.....), como se decidiu na 1ª instância.

O desvalor dessa invalidade, a nulidade, retira-se, necessária ou **logicamente**, do regime constante do cit. artigo 133º/2/i) do CPA.

Improcede, assim, este ponto das conclusões do recurso.

\*

### **III. DECISÃO**

Por tudo quanto vem de ser exposto e de harmonia com o disposto nos artigos 202º e 205º da Constituição, acordam os Juizes do Tribunal Central Administrativo Sul em negar provimento ao recurso e, com fundamentação parcialmente diferente, manter a decisão recorrida.

Custas a cargo do recorrido.

(Acórdão processado com recurso a meios informáticos, tendo sido revisto e rubricado pelo relator)

Lisboa, 6-11-2014

Paulo H. Pereira Gouveia (relator)

Nuno Coutinho

Carlos Araújo

#### **1) Artigo 90º**

1 - O adjudicatário deve prestar a caução no prazo de 10 dias a contar da notificação prevista no n.º 2 do artigo 77.º, devendo comprovar essa prestação junto da entidade adjudicante no dia imediatamente subsequente.

...

5 - O programa do procedimento deve conter os modelos referentes à caução que venha a ser prestada por garantia bancária, por seguro-caução ou por depósito em dinheiro ou títulos.

6 - Se o adjudicatário prestar a caução mediante garantia bancária, deve apresentar um documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao limite do valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeita.

...

9 - Todas as despesas relativas à prestação da caução são da responsabilidade do adjudicatário.

#### **2) Artigo 91º**

1 - A adjudicação caduca se, por facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não prestar, em tempo e nos termos estabelecidos nos artigos anteriores, a caução que lhe seja exigida.

2 - No caso previsto no número anterior, o órgão competente para a decisão de contratar deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.

3 - A não prestação da caução pelo adjudicatário, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, deve ser imediatamente comunicada ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P. 3) **Artigo**

**295º**

1 - O regime de liberação das cauções prestadas pelo co-contratante deve ser estabelecido no contrato, não podendo as partes acordar em regime diverso durante a fase de execução contratual, salvo havendo fundamento de modificação do contrato que justifique uma alteração do regime de liberação das cauções e desde que sejam respeitados os limites previstos no presente Código. ...

#### 4) **Artigo 479º**

1 - Os prazos referidos no presente Código relativos aos procedimentos de formação de contratos contam-se nos termos do disposto no artigo 72.º do Código do Procedimento Administrativo e não lhes é aplicável, em caso algum, o disposto no artigo 73.º do mesmo Código.

2 - Ao prazo para a apresentação das propostas no concurso público urgente não é aplicável o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º do Código do Procedimento Administrativo.

3 - Os prazos fixados para a apresentação das propostas, das candidaturas e das soluções são contínuos, não se suspendendo nos sábados, domingos e feriados.

5) 3 - Quando as situações previstas no n.º 1 se verificarem por facto que não seja imputável ao adjudicatário, o órgão competente para a decisão de contratar deve conceder-lhe, em função das razões invocadas, um prazo adicional para a apresentação dos documentos em falta, sob pena de caducidade da adjudicação.

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