

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
0807/19.5BELRA	18 de fevereiro de 2021	Maria Do Céu Neves

DESCRITORES

Contencioso pré-contratual > Sanção
pecuniária > Impedimento > Código dos contratos públicos

SUMÁRIO

N.D.

TEXTO INTEGRAL**ACORDAM NA SECÇÃO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO****1. RELATÓRIO**

A....., LDA., e B....., B.V., melhor identificadas nos autos, intentaram no Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (TAFL) a presente acção de contencioso pré-contratual contra o **INSTITUTO DE FINANCIAMENTO DA AGRICULTURA E PESCAS, I.P.**, doravante **IFAP**, indicando como contra-interessadas **MUNICÍPIA - EMPRESA DE CARTOGRAFIA E SISTEMAS DE INFORMAÇÃO, E.M.S.A., e C....., S.A.,** peticionando:

“a) a anulação de ato de adjudicação e do contrato posteriormente celebrado, no âmbito de procedimento de formação de contrato de aquisição de serviços, e, bem assim, a exclusão da proposta das contra-interessadas e a adjudicação em favor da proposta das autoras (...).”

*

Por decisão do TAF de Leiria, proferida por juiz singular, datada de 11 de Abril de 2020, a presente acção pré-contratual foi julgada procedente, e, **a)** anulada a decisão de admissão da proposta das contra-interessadas, o acto de adjudicação e o contrato celebrado no âmbito do procedimento nº 9384/2018, destinado a contratar a “Aquisição de serviços de coberturas aerofotográficas digitais de Portugal Continental para 2019”; e, **b)** condenado o réu a excluir a proposta das contra-interessadas e, em sequência, prosseguindo a normal tramitação do procedimento, a emitir decisão de adjudicação em benefício da proposta das autoras e a celebrar com o consórcio por estas formado o contrato objecto do procedimento.

*

As contra-interessadas apelaram para o TCA Sul e este, por acórdão proferido a 24 de Setembro de 2020, concedeu provimento ao recurso, revogando a sentença recorrida e julgando a acção de contencioso pré-contratual improcedente, absolvendo o Réu dos pedidos formulados.

*

As Autoras, **A....., LDA.** e **B....., B.V.**, inconformadas, vieram interpor o presente recurso de revista, tendo na respectiva alegação, formulado as seguintes conclusões:

«**1.** O presente concurso convoca a interpretação e aplicação da norma que

consagra o novo impedimento assente na designada “bad past performance” do operador económico previsto na alínea l), do nº 1, do artigo 55º do CCP, recentemente introduzido no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que transpôs a alínea g), do nº 4, do artigo 57º da Diretiva 2014/24/EU, também ela uma novidade face ao regime previsto na Diretiva 2004/18/UE.

2. Tal interpretação e aplicação revela-se de assinalável dificuldade, como demonstra o facto de ter merecido apreciações divergentes das instâncias.

3. Desde logo importa dilucidar como deve ser interpretada a referência contida na referida norma para a aplicação de sanções que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos nºs 2 e 3, do artigo 329º.

4. Deve entender-se que pura e simplesmente se considera apenas o máximo de 30% quando não tenha havido resolução do contrato, como decidiu o TCA Sul, ou só assim será quando o contraente público haja proferido efetivamente uma decisão fundamentada ponderando e afastando a resolução com fundamento em grave dano para o interesse público, como decidiu o TAF Leiria?

5. E a circunstância de a resolução por incumprimento figurar autonomamente como fundamento de impedimento não militará no sentido de considerar o limite dos 20% como multa de valor máximo, sob pena de a remissão para o nº 2, do artigo 329º ficar desprovida de qualquer utilidade e ser afinal letra morta?

6. Há ainda uma terceira dimensão interpretativa do preceito que é convocada nos autos que assenta na dúvida sobre se o impedimento se mostra imediatamente verificado perante a ocorrência, nos últimos 3 anos, de uma resolução contratual por incumprimento, de uma condenação ao pagamento de indemnização, ou da aplicação de multa contratual de valor máximo ou outras sanções de gravidade comparável, ou, ao invés, se a entidade adjudicante tem de verificar se tais sanções tiveram, efetivamente, por base a existência de deficiências significativas ou persistentes na execução de contrato anterior.

7. Estas questões, além de serem de solução difícil, são suscetíveis de se

repetir numa multiplicidade de processos, bem como, em procedimentos administrativos de contratação pública e ainda não foram objeto da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo.

8. Justificando-se, assim, plenamente, à luz dos pressupostos previstos no artigo 150º, nº 1 do CPTA, a admissão do recurso, de modo a que este Venerando Tribunal, no exercício da sua essencial função orientadora das diretrizes interpretativas do ordenamento jurídico-administrativo se pronuncie sobre estas questões jurídicas fundamentais.

9. O nº 2, do artigo 329º do CCP estabelece como regra geral um limite de 20% do preço contratual para o valor acumulado de multas contratuais.

10. O nº 3 do mesmo preceito estabelece uma exceção a essa regra a qual, só opera preenchidos que sejam os pressupostos ali previstos, a saber: i) que seja previamente atingido o limite de 20 % em multas aplicadas ao cocontratante e ii) que o contraente público adote uma decisão expressa, devidamente fundamentada, de não resolver o contrato, enunciando as razões pelas quais da resolução resultaria grave dano para o interesse público.

11. Quando a lei exige uma decisão, trata-se de decisão expressa e devidamente fundamentada, como reconhece a doutrina da especialidade.

12. No caso dos autos, não foi proferida pelo contraente público qualquer decisão expressa e fundamentada no sentido de não proceder à resolução do contrato com fundamento em grave prejuízo para o interesse público.

13. Ao considerar que no caso seria aplicável como limite máximo, não 20% do preço contratual tal como previsto na regra geral contida no nº 2, do artigo 329º do CCP, mas 30%, tal como previsto na exceção estabelecida no nº 3 deste preceito, o acórdão recorrido incorre em erro de julgamento, aplicando esta última norma por remissão do artigo 55º, nº 1, alínea I) do mesmo diploma, fora dos respetivos pressupostos e fazendo tábua rasa da sua letra e respetivo sentido normativo.

14. O acórdão recorrido ignorou olímpicamente vários outros dados normativos

essenciais que militam em sentido contrário à decisão que adotou, não obstante terem sido salientados pela ora recorrente, quer na p.i., quer nas contra-alegações de apelação.

15. O artigo 333º, nº 1, alínea e) do CCP estabelece que o facto de ser atingido o valor de sanção pecuniária de 20% do preço contratual constitui fundamento para a resolução do contrato.

16. Se a deficiência na execução de contrato anterior geradora de resolução por incumprimento aparece mencionada autonomamente como fundamento de impedimento, então é evidente que, nesse caso é, justamente esse facto que constitui impedimento e não a aplicação de sanção pecuniária que ultrapasse 20 % do preço contratual e fique aquém de 30 % desse valor.

17. De facto, se o legislador, logo de seguida faz menção expressa, à aplicação de sanções que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 329º, ainda para mais usando o plural, é porque pretendeu estabelecer como impedimento a aplicação de sanções pecuniárias que atinjam tanto o valor de 20% do preço contratual previsto no nº 2, como o valor de 30 % do preço contratual, previsto no nº 3.

18. De outra forma, a referência ao valor máximo previsto no nº 2, do artigo 329º seria absolutamente desprovida de sentido e conteúdo normativo útil.

19. Não faria, naturalmente, sentido o legislador considerar que o incumprimento de obrigações contratuais de que resulte a aplicação de sanção pecuniária de valor superior a 20 % do preço contratual é suficientemente grave para justificar a resolução sancionatória do contrato e a respetiva extinção, mas não constitui impedimento suficiente para que tal operador concorra novamente e seja adjudicatário de novo contrato no caso dos autos de objeto idêntico e com a mesma entidade adjudicante.

20. Como ainda menos sentido faria o legislador considerar que a aplicação de sanção pecuniária de valor superior a 20 % do preço contratual constitui fundamento, por si só, para a resolução sancionatória do contrato, que tal

resolução configura impedimento, mas a aplicação da sanção suscetível de a fundamentar já não.

21. O legislador europeu no artigo 57º, nº 4, alínea g) da Diretiva 2014/24/UE não faz referência específica à aplicação de multas contratuais pecuniárias, referindo-se apenas à rescisão do contrato, à condenação por danos e à categoria mais geral e aberta de “sanções comparáveis”.

22. O que significa, portanto, que o legislador nacional considerou que a aplicação de multas contratuais pecuniárias se enquadra neste conceito de “sanções comparáveis” à rescisão e à indemnização por danos.

23. Sendo a aplicação de multa pecuniária “sanção comparável” à resolução sancionatória por incumprimento, é evidente que a aplicação de uma multa de valor superior a 20% que, nos termos da lei, constitui fundamento para a resolução, tem, igualmente, de se enquadrar nas sanções comparáveis que o legislador nacional erigiu como fundamentos para o impedimento.

24. Face ao exposto, a deficiente execução de contrato público anterior que tenha dado lugar à aplicação de sanção contratual pecuniária que ultrapasse o valor de 20 % do preço contratual constitui, efetivamente, impedimento à participação no procedimento, nos termos do artigo 55º, nº 1, alínea l) do CCP.

25. Ao assim não entender, o acórdão recorrido interpreta erradamente esta disposição, em desconformidade com os cânones hermenêuticos que dimanam do artigo 9º do Código Civil e da necessidade de interpretação do direito nacional em conformidade com a Diretiva transposta.

26. O legislador nacional ao transpor o artigo 57º, nº 4, alínea g) da Diretiva respeitou integralmente o princípio da proporcionalidade, identificando, justamente, como fundamentos de impedimento apenas as gravosas consequências que têm sempre e necessariamente na sua base deficiências significativas ou persistentes na execução do contrato.

27. A aplicação de multas de valor superior ao previsto na regra geral do nº 2, do artigo 329º, que fixa o respetivo máximo em 20% do preço contratual,

pressupõe, necessariamente, uma deficiência ou persistente na execução do contrato, até porque a lei a identifica como fundamento para a resolução (cfr. artigo 333º, nº 1, alínea e) do CCP) e o contraente público atua, na aplicação de sanções, no âmbito da sua margem de discricionariedade, podendo reduzi-las ou relevá-las, justamente ao abrigo do princípio da proporcionalidade.

28. E é isso que presume, e bem, o legislador na redação da norma contida no artigo 55º, nº 1, alínea l) do CCP, a qual, bem interpretada, permite concluir que, uma vez constatada a aplicação da multa de valor máximo, está preenchido o pressuposto para a verificação do impedimento, não se mostrando, naturalmente, necessário proceder, novamente, no plano do procedimento de contratação pública em questão, à avaliação da conduta inadimplente anterior do operador económico, para aferir se a mesma corresponde, efetivamente, a deficiências significativas ou persistentes na execução do contrato anterior.

29. Ao assim não entender, o acórdão recorrido faz errada interpretação do artigo 55º, nº 1, alínea l) do CCP.

30. O acórdão recorrido, aderindo à infundada tese das contrainteressadas, ora recorridas, sustenta que a sentença da 1ª instância confunde deficiências significativas ou persistentes com prejuízos que resultaram do incumprimento para o interesse público.

31. Concluindo, em seguida, quando “desce” ao caso concreto que a entidade adjudicante decidiu não resolver o contrato com fundamento em incumprimento e reconheceu que os bens estavam em conformidade, donde se concluiria que não se identificaram quaisquer deficiências significativas ou persistentes ou outros problemas com a performance do consórcio na execução das tarefas contratuais.

32. Uma vez mais, o acórdão recorrido tem por pressuposto um facto que não tem correspondência com a realidade, qual seja a existência de uma decisão do contraente público de não proceder à resolução do contrato, quando, como já

abundantemente referimos, tal decisão, pura e simplesmente, não existiu.

33. As contraintressadas, ora recorridas, evidenciaram deficiências graves no que se refere a um requisito absolutamente essencial do contrato: o prazo de entrega, das quais resultaram prejuízos para o interesse público prosseguido pela entidade demandada mais precisamente “ao nível da revisão do parcelário, da execução dos controlos in loco e na apresentação das candidaturas de 2019, para além dos compromissos que assumiu, inclusive com o Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas I.P. (ICNF, I.P.) e com a Direção Geral do Território para efeitos da produção de ortofotomapas digitais destinada à atualização da base cartográfica do sistema de identificação de parcelas agrícolas (também designado por parcelário agrícola) residente no sistema de informação deste Instituto.”

34. Na visão do acórdão recorrido, faz sentido que um operador económico que incumpriu de forma grave uma obrigação contratual reputada e qualificada como absolutamente essencial e intransponível, assente na fixação dos prazos de entrega dos bens adquiridos, que foi sancionado com multa de valor superior ao máximo previsto na regra geral do nº 2, do artigo 329º do CCP, numa situação em que desse incumprimento resultaram graves prejuízos para o interesse público, possa livremente celebrar novo contrato, com o mesmo objeto e com a mesma entidade adjudicante!

Pago com os impostos de todos nós!

35. Ao considerar que não estavam verificadas no caso dos autos deficiências significativas ou persistentes na execução do contrato anterior, o acórdão recorrido ignora e passa ao lado das especificidades do caso concreto e dos factos provados, mais precisamente do clausulado do contrato e do conteúdo da fundamentação do ato sancionatório, que demonstram justamente o contrário.

36. Do mesmo passo, faz errada interpretação do disposto na alínea I), do nº 1 do artigo 55º do CCP, esvaziando-o de conteúdo útil.

37. Em face de todo o exposto, não há como não concluir que no caso dos autos, estava, efetivamente, verificado o impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea l) do CCP, pelo que a proposta das Contrainteressadas, ora recorridas, teria de ser objeto de exclusão nos termos do artigo 146º, nº 2, alínea c) do CCP.

38. Deverá, pois, ser revogado o acórdão recorrido e, tal como decidiu, e bem, a sentença da 1ª instância, ser a ação julgada totalmente procedente com a consequente anulação do ato e do contrato impugnados e a condenação da Entidade Demandada a adjudicar a proposta das Autoras, ora recorrentes.»

*

As recorridas contra-alegaram, concluindo do seguinte modo:

«A. Da Inadmissibilidade do Presente Recurso

1. “Válvula de segurança do sistema”, o recurso de revista é, assumidamente, **excecional**, não devendo ser banalizado pela admissão de todo e qualquer recurso de toda e qualquer decisão proferida em segunda instância pelos Tribunais Centrais Administrativos.

2. O presente recurso não deve ser admitido, por não se verificar qualquer dos pressupostos exigidos no artigo 150º, nº 1 do CPTA.

3. O mero facto de o Recorrente discordar frontalmente da decisão recorrida não fundamenta, nem pode fundamentar, a admissibilidade do recurso de revista, sendo que o Acórdão recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo o Tribunal a quo aplicado corretamente o direito aos factos e interpretado as normas jurídicas de acordo com os cânones de interpretação relevantes.

4. A existência de “apreciações divergentes das instâncias” (cfr. conclusão 2) não fundamenta a existência de dificuldades interpretativas, nem constitui indício suficiente da eventual necessidade de intervenção deste Supremo Tribunal Administrativo.

5. A questão suscitada pelas Recorrentes não reveste a relevância jurídica exigida pelo artigo 150º, nº 1, do CPTA, não lhe estando inerentes quaisquer complexas operações de natureza lógica e jurídica (motivo este pelo qual – adiante-se – **improcedem as conclusões 2 a 7 do recurso**).

6. A relevância jurídica alegada pelas Recorrentes **não se reveste de uma importância fundamental, desde logo, para a solução do caso sub judice**, visto que, independentemente da interpretação adotada por este Supremo Tribunal relativamente à questão suscitada pelas Recorrentes, a sua decisão, a final, apenas poderá ser uma: julgar o presente recurso de revista improcedente, visto que, ainda que se entendesse ocorrer o referido impedimento, **sempre teria que se concluir que se encontram preenchidos todos os requisitos necessários à relevação do impedimento, previstos no artigo 55º-A do CCP.**

7. É improcedente a alegação de supostas dificuldades na interpretação do artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP, tendo em conta a clareza da sua letra, supostas dificuldades essas que não representam mais do que uma interpretação incorreta do referido preceito pelas Recorrentes, que abstrai da redação dos preceitos subjacentes à questão invocada como objeto do recurso e, bem assim, da inserção sistemática dos mesmos na economia do CCP.

8. É manifesto que o máximo de 30% é considerado nos termos do artigo 329º, nº 3, do CCP, sendo que não existe qualquer exigência de que uma decisão de não resolução com fundamento em grave dano para o interesse público tivesse que ser expressa ou fundamentada, ao contrário do que as Recorrentes procuram sustentar.

9. A linha argumentativa apresentada no recurso a que ora se responde abstrai da sistemática do CCP e, contrariamente ao que nele se alega, não tem em conta determinadas expressões utilizadas pelo legislador nessas mesmas normas, concretamente, nos artigos 55º, nº 1, alínea I), 329º, nºs 2 e 3, e 333º, nº 1, alínea e), do CCP.

10. É absolutamente evidente que as Recorrentes confundem duas situações distintas: **(i)** as sanções pecuniárias atingirem 20% do preço contratual e **(ii)** as sanções pecuniárias ultrapassarem 20% do preço contratual.

11. A complexidade e dificuldade que, eventualmente, pudessem justificar a admissão (excecional) do recurso de revista devem resultar objetivamente dos preceitos relevantes para a solução do diferendo em causa nos presentes autos, mas os preceitos supra referidos, desde que corretamente lidos, não deixam margem para dúvidas quanto aos casos (o dos 20% e o dos 30%) aqui relevantes expressamente identificados no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP.

12. O artigo 57º, nº 4, alínea g), da Diretiva 2014/24/UE [que foi transposto para o ordenamento jurídico português através do artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP], respeitante ao denominado “bad past performance”, é reiterada e pacificamente interpretado no sentido de proibir a exclusão automática de operadores económicos, antes se exigindo uma análise casuística em que a entidade adjudicante avalie se as deficiências verificadas num anterior contrato público consubstanciam deficiências significativas ou persistentes, e sendo unânime que, em caso negativo, não se verificará o motivo de exclusão do “bad past performance”.

13. E também por este motivo é indubitável que **o presente recurso de revista não deve ser admitido, por manifestamente inadmissível, visto não se encontrarem preenchidos os respetivos pressupostos.**

B. Da Improcedência do Recurso

14. Como bem reconheceu o Acórdão recorrido, nunca aqui ocorreria o impedimento previsto no artigo 55º, n.º 1, alínea I), do CCP, porquanto **(i)** o limite máximo a considerar é o de 30% do preço contratual, visto que o contraente público não procedeu à resolução do contrato (o que ninguém, aliás, discute); **(ii)** não se verificaram deficiências significativas ou persistentes na execução do contrato; e **(iii)** em qualquer caso, as Recorridas sempre poderiam demonstrar a sua idoneidade e relevar o impedimento, nos termos do artigo

55º-A do CCP.

15. O artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP impõe que, para que seja admissível concluir pela ocorrência do impedimento ali previsto, a propósito da aplicação de sanções pecuniárias, será necessário que **(i)** se tenham verificado deficiências significativas ou persistentes na execução de um contrato público anterior nos últimos três anos; e **(ii)** aquelas deficiências tenham conduzido à aplicação de sanções que tenham **atingido** os valores máximos **aplicáveis nos termos do nº 2 ou do nº 3** do artigo 329º do CCP.

16. Em caso de aplicação de sanções pecuniárias, para que se verifique o impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP, será necessário que o valor acumulado das mesmas atinja **ou** 20% do preço contratual, **ou** 30% caso o contraente público decida não proceder à resolução do contrato, por dela resultar grave dano para o interesse público.

17. O operador económico **apenas** se encontra impedido de participar em procedimentos de formação de contratos públicos, com fundamento no incumprimento de contrato público anterior, se se verificarem todos os requisitos cumulativos previstos no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP.

18. Nos termos do artigo 329º, nº 2, do CCP, o valor acumulado das sanções pecuniárias aplicadas pelo contraente público ao cocontratante no âmbito da execução de um contrato público não pode ultrapassar 20% do respetivo preço contratual (sem prejuízo do poder de resolução do contrato).

19. Para além disso, o artigo 329º, nº 3, do CCP acrescenta que, sendo atingido o limite de 20% do preço contratual e não sendo resolvido o contrato por da resolução resultar um grave dano para o interesse público, **o referido limite de 20% será elevado para 30% do preço contratual.**

20. Tendo a Entidade Demandada aplicado às Recorridas sanções pecuniárias cujo valor acumulado atingiu 25% do preço contratual (cfr. factos provados 11 e 12), mas não tendo a Entidade Demandada resolvido o contrato, evidentemente que ficou a mesma habilitada a aplicar sanções pecuniárias com um valor

acumulado acima de 20% do preço contratual (cfr. artigos 29º e 30º da Contestação apresentada pela Entidade Demandada).

21. Assim sendo, nos termos do disposto no artigo 329º, nºs 2 e 3, do CCP, a Entidade Demandada encontrava-se sujeita ao limite de 30% do preço contratual relativamente ao valor acumulado das sanções pecuniárias, porquanto o valor acumulado ultrapassou o limite geral de 20% e o contraente público decidiu não resolver o contrato.

22. Tal como bem reconhecido no Acórdão recorrido, existiu, efetivamente, uma decisão por parte da Entidade Demandada no sentido de não resolver o contrato, após ponderação das consequências que tal resolução implicaria para o interesse público (cfr. Acórdão recorrido, pp. 23-24), bem como uma atuação concludente nesse mesmo sentido.

23. Essa decisão de não resolução consubstancia-se, pois, num primeiro momento, na decisão de aguardar pela entrega dos bens, não resolvendo de imediato o contrato (como lhe era legalmente admissível), e, num segundo momento, na decisão de aplicação de sanções pecuniárias cujo valor acumulado ultrapassa o limite máximo de 20% do preço contratual (cfr. Acórdão recorrido, p. 24).

24. Dúvidas não existem quanto à efetiva ponderação do dano para o interesse público que esteve na origem da referida decisão, conforme assumido pela própria Entidade Demandada (cfr. artigos 29º e 30º da Contestação apresentada pela Entidade Demandada).

25. A argumentação, sintomaticamente sem invocação de norma alguma, segundo a qual qualquer linha de atuação em Direito Administrativo pressuporia uma formalização extrema e uma fundamentação generalizada ignora a mecânica própria da execução contratual num quadro de desejável colaboração entre as partes, olvida a existência de atos orais (cfr. artigo 154º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo) ou o dado adquirido de que os deveres de fundamentação não são aplicáveis de uma forma universal, nem mesmo

quando estejam em causa atos administrativos (cfr. artigo 268º, nº 3, da Constituição ou artigo 152º do Código do Procedimento Administrativo), bem como várias categorias de atos expressamente admitidas pela doutrina e pela jurisprudência como os atos tácitos, os atos silentes ou os atos implícitos.

26. Não se verifica o impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP, porquanto, tendo a Entidade Demandada decidido não resolver o contrato por da eventual resolução resultar um grave dano para o interesse público e aplicado sanções pecuniárias cujo valor acumulado ultrapassou o limite geral de 20% do preço contratual, o limite máximo a considerar passou a ser o limite de 30%.

27. O facto de o valor acumulado das sanções pecuniárias ultrapassar o limite geral de 20%, previsto no artigo 329º, nº 2, do CCP, constituir fundamento de resolução unilateral do contrato, nos termos do artigo 333º, nº 1, alínea e), do CCP, **em nada afeta a remissão que o artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP opera para o artigo 329º, nº 3, do CCP.**

28. As Recorrentes laboram em erro, olvidando os verbos utilizados pelo legislador (atingir e exceder) e a sintaxe das normas, e, em consequência, confundindo os casos em que é **atingido** determinado limite com os casos em que é **ultrapassado** determinado limite.

29. A previsão da resolução do contrato como fundamento autónomo do impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP em nada belisca a correção da interpretação do referido preceito operada pelo Acórdão recorrido.

30. As Recorrentes laboram em erro ao alegarem que a remissão para o artigo 329º, nº 2, do CCP, operada pelo artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP, implicaria que a aplicação de sanções pecuniárias cujo valor acumulado atingisse 20% do preço contratual constituísse, em qualquer caso, fundamento para o impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP.

31. Mais: a interpretação preconizada pelas Recorrentes desconsidera, pois, em absoluto, a remissão para o nº 3 do artigo 329º do CCP, operando uma

interpretação restritiva (rectius, ab-rogante) do artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP, sem qualquer apoio para tanto na letra ou na sistemática do CCP e viola o disposto no artigo 9º, nº 2, do Código Civil.

32. Não há como ignorar a existência da remissão para o artigo 329º, nº 3, do CCP ou procurar afastar (efetivamente, revogar) a aplicabilidade de uma regra expressa para os casos em que, apesar da aplicação de sanções que excedam o limite de 20% do preço contratual, o contraente público decida não proceder à resolução do contrato (o que, no fundo, significa uma interpretação extensiva do âmbito de relevância do impedimento, quando a doutrina é unânime na sua interpretação estrita, porquanto um impedimento significa sempre uma restrição à concorrência).

33. Os limiares relevantes para a verificação do impedimento em caso de aplicação de sanções pecuniárias foram definidos, expressamente, pelo legislador no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP, através da remissão para o artigo 329º, nºs 2 e 3, do CCP, não podendo as Recorridas pretender, através de uma interpretação ab-rogante, substituir-se ao legislador e tornar essa remissão para o artigo 329º, nº 3, do CCP inoperante.

34. Não tendo o valor acumulado das sanções pecuniárias aplicadas atingido 30% do preço contratual, impõe-se concluir que não ocorre impedimento algum.

35. Tanto é o que basta para, sem necessidade de quaisquer outras considerações, determinar a **total improcedência da argumentação das Recorrentes.**

36. A aplicação de sanções pecuniárias cujo valor acumulado atinja 20% do preço contratual não pressupõe a existência de deficiências significativas ou persistentes na execução do contrato.

37. O artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP é claro ao determinar que apenas se verificará o impedimento caso o operador económico tenha acusado “deficiências significativas e persistentes”, o que implica uma aferição, por parte da entidade adjudicante, das deficiências que fundamentaram a aplicação

das sanções previstas no referido preceito.

38. Podem existir – e existem – situações em que a aplicação das referidas sanções tem por fundamento deficiências insuscetíveis de serem consideradas como significativas ou persistentes, desde logo, à luz do princípio da proporcionalidade – e o presente caso constitui um caso paradigmático disso mesmo.

39. Para se considerar verificado o referido impedimento, torna-se imprescindível que a sanção contratual aplicada em contrato público anterior tenha como fundamento a existência de deficiências significativas ou persistentes na execução do contrato, o que resulta de forma absolutamente clara da redação do artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP.

40. A necessidade de a entidade adjudicante, após verificar a aplicação das sanções contratuais, aferir da gravidade das deficiências que estiveram na sua origem, averiguando se as mesmas constituíram deficiências significativas ou persistentes, é uma imposição do regime europeu da contratação pública, concretamente, do artigo 57º, nº 4, alínea g), da Diretiva 2014/24/UE (e do respetivo considerando 101).

41. No plano das diretivas europeias, a verificação do impedimento não se basta com a aplicação de sanções contratuais, sendo imprescindível que as mesmas tenham por fundamento deficiências significativas ou persistentes.

42. A doutrina e jurisprudência europeias têm recusado reiterada e pacificamente a aplicação automática dos motivos facultativos de exclusão, i.e., a exclusão automática de um operador económico, caso a entidade adjudicante verifique a existência de um motivo de exclusão facultativo, independentemente de esse motivo de exclusão ter sido transposto para o ordenamento jurídico nacional como motivo facultativo ou obrigatório.

43. Em particular, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem afirmado reiteradamente que a constatação da existência de um motivo de exclusão facultativo exige que a entidade adjudicante proceda a uma

apreciação concreta e individualizada do operador económico em causa, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, averiguando da sua idoneidade e fiabilidade e da gravidade das deficiências verificadas.

44. O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se neste sentido, já ao abrigo da Diretiva 2014/24/UE, no Acórdão **Meca**, de 19.06.2019 (Processo C-41/18), no Acórdão **Tim SpA**, de 30.01.2020 (Processo C-395/18), no Acórdão **Delta**, de 03.10.2019 (Processo C-267/18).

45. A Diretiva 2014/24/UE exige, assim, não apenas que a aplicação das sanções contratuais resulte de deficiências significativas ou persistentes, mas ainda que, ao verificar a aplicação das sanções contratuais, a entidade adjudicante analise as circunstâncias do caso concreto, aferindo se, à luz do princípio da proporcionalidade, as deficiências justificam a exclusão do operador económico do procedimento em causa.

46. Sendo esta questão absolutamente pacífica ao nível da jurisprudência europeia - o que constitui mais um elemento determinante da improcedência do presente recurso, evidentemente que uma eventual inclinação para uma perspetiva diversa sobre o modo de ler o impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP e uma sua hipotética aplicação de uma forma automatizada, em contracorrente com o definido ao nível europeu - o que não se concede e apenas por mero dever de patrocínio se equaciona - determinaria a sua passagem, prévia à tomada de uma decisão, pelo crivo do Tribunal de Justiça da União Europeia (em particular, mediante um reenvio prejudicial, nos termos do artigo 267º do TFUE).

47. Tal como reconhecido no Acórdão recorrido - as deficiências verificadas na execução do contrato com a referência nº 18/IFAP/009 não são significativas, nem, muito menos, persistentes - i.e., “não ficaram provadas quaisquer deficiências significativas ou persistentes” (cfr. Acórdão recorrido, p. 26).

48. Por conseguinte, nunca poderia considerar-se verificado o impedimento, visto que as deficiências verificadas não consubstanciam deficiências

significativas ou persistentes.

49. As coberturas aerofotográficas entregues pelas Recorridas não só serviram o fim a que se destinavam como, conforme reconhecido pela Entidade Demandada, se encontravam conformes aos requisitos constantes do caderno de encargos (cfr. facto provado 11 e Documento nº 4 junto com a Petição Inicial, ali dado por reproduzido).

50. Da comparação das várias versões da Diretiva (“failure to deliver”, “no realización de una entrega”) resulta inexorável que as Recorrentes atribuem um sentido à expressão “falhas na entrega”, distinto do pretendido pelo legislador europeu, pois que este se refere à não entrega de bens, o que evidentemente não sucedeu no caso sub judice, porquanto as coberturas aerofotográficas foram integralmente entregues.

51. Não se verificaram deficiências significativas num requisito essencial do contrato, contrariamente ao alegado pelas Recorrentes, pelo que improcede a conclusão 33.

52. Em face de todo o exposto, dúvidas não subsistem de que o presente recurso de revista deverá ser julgado totalmente improcedente, e, conseqüentemente, deverá o Acórdão recorrido ser integralmente mantido.

53. Fica, pois, claro que não se encontram preenchidos in casu os pressupostos para a aplicação do impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP – e isso, em si, é o suficiente para determinar a improcedência do recurso.

54. Em qualquer caso, nunca, no quadro do presente caso, teria sentido obliterar do ordenamento a decisão de adjudicação tomada pela Entidade Demandada nem, muito menos, a ligação contratual estabelecida entre esta e as Recorridas.

55. De facto, no quadro do CCP, revisto pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, a mera verificação de um impedimento como o que releva nos presentes autos não basta para determinar a exclusão de um concorrente de um procedimento pré-contratual público, já que o mesmo é passível de

relevação, desde que a entidade adjudicante a tal não se oponha (cfr. artigo 55º-A, nº 3, do CCP)

56. Para além disso, no caso dos autos, é absolutamente manifesto que a Entidade Demandada, aliás parte no anterior contrato, não se oporia – nem se opôs – à presença das Recorridas no concurso referido no facto provado nº 1.

57. Mesmo que se entendesse que algum impedimento ocorreria, sempre o mesmo poderia ser relevado, nos termos do artigo 55º-A, como reconhece – e bem – o Acórdão recorrido (cfr. a respetiva p. 30).

58. É indubitável que não se encontra verificado in casu o impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I), do CCP relativamente à proposta apresentada pelas Recorridas, pois não ficaram provadas quaisquer deficiências significativas ou persistentes, nem foi ultrapassado o limite de **30%** do preço contratual, previsto no artigo 329º, **nº 3**, do CCP, a considerar para o efeito.»

*

O “recurso de revista” foi admitido por acórdão deste STA [formação a que alude o nº 5 do artº 150º do CPTA], proferido em 03 de Dezembro de 2020.

*

O Ministério Público, notificado nos termos e para os efeitos do disposto nos artºs 146º, nº 1 e 147º do CPTA pronunciou-se no sentido da improcedência do recurso, parecer este que notificado a todos os intervenientes, mereceu resposta por parte das ora recorrentes, reiterando o anteriormente defendido em sede de recurso de revista.

*

Sem vistos, por não serem devidos.

*

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. MATÉRIA DE FACTO

1. No dia 21.11.2018 foi publicado no Diário da República (II série, nº 224) o anúncio de procedimento nº 9384/2018, o qual publicita a abertura de “Concurso público para aquisição de coberturas aerofotográficas digitais de Portugal Continental de 2019 – cf. anúncio constante de fls. 561 do primeiro ficheiro que integra o processo administrativo (“PA1”), cujo teor se dá por reproduzido.

2. As autoras e as contra-interessadas, respectivamente, constituídas em agrupamentos, apresentaram propostas no âmbito do procedimento identificado no ponto antecedente – cf. propostas constantes de fls. 82 e ss. e 222 e ss. do segundo ficheiro que integra o processo administrativo (“PA2”), cujo teor se dá por reproduzido.

3. Em 18.01.2019 o júri do procedimento elaborou “Relatório Preliminar”, no qual, além do mais, se propunha a admissão das propostas das autoras e das contra-interessadas e a sua ordenação, posicionando-se a proposta das contra-interessadas em primeiro lugar e a das autoras em segundo lugar – cf. Relatório Preliminar constante de fls. 760 do PA2, cujo teor se dá por reproduzido.

4. Por documento subscrito em 25.01.2019, as autoras pronunciaram-se sobre o teor do relatório preliminar, pugnando pela exclusão da proposta das contra-interessadas – cf. doc. constante de fls. 771 e ss. do PA2, cujo teor se dá por reproduzido.

5. Em 24.10.2019 foi elaborado pelo Júri do procedimento “Relatório Final”, no qual se conclui, em síntese, o seguinte:

“1. Em conclusão, e por tudo o que antecede, o júri deliberou, por unanimidade, o seguinte:

a) Negar provimento ao requerido pelo Agrupamento A...../B..... e, por conseguinte, manter a admissão da proposta apresentada pelo Agrupamento/concorrente Município/C.....; e,

b) Reiterar o conteúdo e as conclusões do relatório preliminar do procedimento em apreço.

2. Mais deliberou o júri, por unanimidade, remeter o presente Relatório, juntamente com os demais documentos que compõem o processo, ao órgão competente para a decisão de contratar nos termos e para efeitos do disposto nos nºs 3 e 4 do artigo 148º do CCP.” – cf. doc. constante de fls. 3 e ss. do PA3, cujo teor se dá por reproduzido.

6. Por deliberação do Conselho Directivo do réu, datada de 16.05.2019, decidiu-se:

“a) Autorizar a adjudicação dos serviços em apreço ao Agrupamento constituído por Municípa/E.M./C....., pelo valor de €219 549,76 acrescido do valor do IVA à taxa legal em vigor;

b) Aprovar a minuta do contrato a celebrar com a entidade adjudicatária, anexa à informação em referência;

c) Delegar na signatária da informação a notificação da adjudicação e de aprovação da minuta de contrato, nos termos e para efeitos do disposto nos artigos 77º, 100º e 109º do CCP” – cf. doc. constante de fls. 515 do PA3, cujo teor se dá por reproduzido.

7. Por ofício datado de 20.05.2019, autoras e contra-interessadas foram informadas do teor da deliberação referida no ponto antecedente” – cf. doc. 1 junto com a PI, cujo teor se dá por reproduzido.

8. No dia 04.06.2019 foi celebrado o contrato de fornecimento nº 19/IFAP/015, objecto do procedimento identificado em “**1.**”, entre o réu e o consórcio formado pelas contra-interessadas – cf. doc. 1 junto com a PI, cujo teor se dá por reproduzido.

9. Em 16.04.2018, o réu, como Primeiro Outorgante, e o consórcio formado pelas contra-interessadas, como Segundo Outorgante, celebraram o contrato nº 18/IFAP/009, cujo objecto consistia na aquisição de coberturas aerofotográficas digitais a cores, de 2018, relativas à totalidade do território em Portugal

Continental e cujo termo se fixou no momento da entrega completa das coberturas aerofotográficas, o mais tardar em 15.09.2018 – cf. doc. 2 junto com a PI, cujo teor se dá por reproduzido.

10. Na cláusula 10ª do contrato referido no ponto antecedente estabelecia-se que “[pelo] fornecimento dos bens objecto do contrato, bem como pelo cumprimento das demais obrigações constantes do contrato, o Primeiro Outorgante pagará ao Segundo outorgante o preço global de 455.206,00€ (quatrocentos e cinquenta e cinco mil e duzentos e seis euros), acrescido do valor do IVA à taxa legal em vigor.” – cf. doc. 2 junto com a PI, cujo teor se dá por reproduzido.

11. No âmbito da fiscalização da execução do contrato referido em “9.”, o demandado proferiu decisão final com o seguinte teor:

«Considerando a execução do contrato de fornecimento nº 18/IFAP/009, celebrado com o Consórcio constituído por essa Empresa e pela C....., SA, para a aquisição de coberturas aerofotográficas digitais a cores de Portugal Continental, de 2018, constatou-se a existência de incumprimentos dos prazos acordados. Consequentemente foi apurada a aplicação de dois tipos de penalidades:

“a) Uma relativa ao incumprimento dos prazos de entrega por blocos fora dos prazos previstos no ponto 5 do anexo I do Contrato e;

b) Outra e cumulativa, relativa ao incumprimento do prazo geral de execução do contrato, previsto na cláusula 2ª (15 de Setembro de 2018).”

Tais factos, quer o incumprimento, quer a intenção de aplicação de uma sanção pecuniária resultante dos mesmos, foram notificados em sede de audiência prévia, nos termos dos artigos 121º e 122º do Código do Procedimento Administrativo, acompanhado do "Relatório de execução do contrato e apuramento do Montantes a Pagar", primeiramente a coberto do ofício IFAP-SDA-215470/2018, refª 023041/2018, datado de 28.12.2018, e depois, a após a retificação dos dias de atraso considerados no cálculo da sanção pecuniária a

aplicar posteriormente, através do ofício IFAP-SDA-14508/2019, ref^a 003413/2019, datado de 27.03.2019.

Nessa sequência, essa Empresa, na qualidade de representante do referido Consórcio, enviou a sua pronúncia ao IFAP, datada de 02.04.2019, V/ ref.^a FIN 16757 (entrada neste Instituto registada como ENT-CT 110059672019), o que agora se analisa nos seguintes termos:

Consórcio começa por discordar da aplicação das penalidades descritas referindo, em suma, que de acordo com a cláusula 13^a do contrato só há lugar à aplicação de penalidades ao fornecedor "por razões que lhe sejam imputáveis", e que neste caso concreto "o atraso verificado está relacionado com os imprevistos associados à execução dos blocos e foi condicionada pelas dificuldades de reunião de condições meteorológicas adequadas e favoráveis à realização do voos programados e por uma avaria no avião da C.....", a que acrescem "incêndios, nomeadamente o de Monchique no Algarve que lavrou durante praticamente uma semana e o qua/ impossibilitou a progresso nas coberturas aéreas".

O Consórcio contesta ainda o facto de que ao ser estabelecida como data limite o dia 15 de setembro, inalterável mesmo se verificada a impossibilidade objetiva de cumprimenta em razão de condições climatéricas excepcionais ou motivos de força maior nos termos da cláusula contratual citada, o contrato encerra uma cláusula abusiva, que onera excessivamente o Consórcio e que não pode ser tido no âmbito dos riscos próprios do contrato.

Ora, como bem sabe o Consórcio, desde que o IFAP lançou o procedimento de concurso público que deu origem ao contrato de fornecimento n^o 18/1FAP/009, as regras foram bastante claras: o contrato produzia efeitos após o visto do Tribunal de Contas e cessaria com a entrega completa das coberturas aerofotográficas, a qual nunca em qualquer circunstância poderia ocorrer depois de 15 de setembro de 2018, de acordo com a cláusula 2^a do caderno de encargos e agora do contrato; a entrega das coberturas aerofotográficas devia

ocorrer no prazo previsto na proposta do fornecedor, de acordo com o 1º parágrafo do ponto 5. do Anexo I ao caderno de encargos e agora do contrato; e a entrega dos elementos relativos a partes dos lotes devera ocorrer num máximo de duas semanas após a realização do respetivo voo, de acordo com o 2º parágrafo do ponto 5. do Anexo I ao caderno de encargos e agora no contrato. Acrescentava a alínea c) do ponto 6. do mesmo Anexo I, que devido a condições climatéricas excepcionais ou motivos de força maior devidamente comprovados podia ser autorizada a alteração dessas datas, mas nunca, em nenhuma circunstância, se poderia alterar a data de 15 de setembro de 2018. Estas condições, que sempre estiveram bem claras nunca terão suscitado ao Consórcio qualquer dúvida ou pedido de esclarecimentos, nem constituído impedimento à apresentação da sua proposta.

Por sua vez, ao apresentar a sua proposta e, nessa sequência, ao celebrar o contrato nessa conformidade, aceitou as condições impostas no caderno de encargos, incluindo o facto de o dia 15 de setembro ser uma data intransponível.

Pressupõe-se que ao fazê-lo tenha ponderado sobre o risco inerente a esta condição e que tenha aceitado corre-lo. Por essa razão não se vislumbra porque é que só agora o Consórcio vem questionar a validade de tais condições, ou a razoabilidade das mesmas.

Relevar agora essa condição e admitir a sua superação sem qualquer consequência, violaria o princípio da concorrência na medida em que se estaria a alterar uma das regras previamente anunciadas, nas quais os interessados legitimamente confiaram ser aquelas por que se pautaria a avaliação da execução do contrato.

Como bem sabe também o Consórcio, embora a sua proposta previsse a apresentação das coberturas aerofotográficas até 15 de junho, para o Conjunto 1 (Blocos/lotos 1, 2, 3 e 4) e até 30 de agosto, para o Conjunto 2 (Blocos/lotos 5, 6, 7 e 8), foi autorizado pelo IFAP, ao abrigo daquela previsão da alínea c), do

ponto 6. do mesmo Anexo e face comunicação de ocorrência de condições climatéricas adversas e à avaria do avião da C....., a alterar a data de entrega total das coberturas aerofotográficas para 15 de setembro, data considerada intransponível.

Significa isto que os fundamentos invocados pelo consórcio - condições climatéricas adversas e a avaria do avião da C..... já foram tidos em consideração aquando da alteração das datas indicadas na proposta para a data limite de 15 de setembro. Mesmo nessa ocasião foi reiterada a intransponibilidade desta data.

Todavia, nenhum destes motivos invocados pelo Consórcio, assim como a ocorrência do incêndio em Monchique se mostram bastantes para justificar o "incumprimento dos prazos de entrega dos blocos fora dos prazos previstos no ponto 5 do anexo I", isto é, o incumprimento do prazo máximo de duas semanas para a entrega dos elementos dos voos, contados da data da realização do respetivo voo, a que corresponde a primeira penalidade calculada, no valor total de € 6.605,07.

Conforme resulta do "Relatório de execução do contrato e apuramento do Montantes a Pagar", em relação aos blocos/lotes 4, 6, 7 e 8, os prazos de entrega dos elementos de voo após a ocorrência dos mesmos, foram ultrapassados, respetivamente, em 7, 1, 1 e 3 dias. Estes incumprimentos do prazo máximo de duas semanas, verificados entre as datas dos últimos disparos (respetivamente a 03.08.2018, 11.09.2018, 17.08.2018 e 23.09.2018) e as datas de entrega dos elementos referentes ao respetivo voo (respetivamente a 28.08.2018, 28.09.2018, 05.09.2018 e 12.10.2018) são unicamente imputáveis ao Consórcio, não se mostrando suscetíveis de ser justificados por qualquer um dos motivos supra referidos.

Consequentemente, estes atrasos tiveram influência no (in)cumprimento do prazo geral de execução do contrato - em 25 dias, a que corresponde segunda penalidade calculada, no valor total de € 108.382,38 - cuja vigência, de acordo

com a sua cláusula 2ª, cessaria com a entrega completa das coberturas aerofotográficas, que nunca em qualquer circunstância poderia ocorrer depois de 15 de setembro de 2018.

Ora, apesar da última captação das coberturas ter ocorrido a 23.09.2018, a verdade é que só a 12.10.2018 é foi concluída a entrega da totalidade das coberturas e, por inerência, concluída a vigência do contrato. Quanto a estes prazos, não só não foram apresentados quaisquer argumentos para justificar o incumprimento do prazo entre 15.09.2018 (data limite) e 23.09.2018 (data do último disparo), nem para o incumprimento entre este prazo e 12.10.2018 (data da entrega da totalidade das coberturas).

Para este efeito não colhe o argumento invocado pelo Consórcio de que o atraso verificado foi "menor do que um mês e nem próximo dos quase dois meses que mediaram entre a data da celebração do contrato e a emissão do visto" já que tendo o prazo de entrega dos blocos/lotes 1, 2, 3 e 4 (conjunto 1) sido alterado de 15 de junho para 15 de setembro, o Consórcio passou a ter, a mais, um mês para a entrega daqueles blocos que não teria se o contrato tivesse produzido efeito à data da sua celebração (16 de abril) e se se mantivessem os prazos de entrega para aqueles blocos/lotes 1, 2, 3 e 4 indicados na proposta adjudicada (15 de junho).

Por outro lado; não pode o Consórcio afirmar, até porque desconhece, que o atraso verificado não teve nenhum ou diminuto impacto, o que não é verdade. A fixação da data de 15 de setembro como intransponível não foi um mero capricho do IFAP: o seu incumprimento teve consequências para o IFAP ao nível da revisão do parcelário, execução do controlo in loco e na apresentação das candidaturas de 2019, para além dos compromissos que assumiu inclusive com o Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, IP. (ICNF, IP.) e com a Direção-Geral do Território (DGT) para efeitos da produção de Ortofotomapas digitais destinada à atualização da base cartográfica do sistema de identificação de parcelas agrícolas (também designado por parcelário agrícola)

residente no sistema de informação deste Instituto.

Quanto à afirmação de que, apesar do incumprimento contratual, os bens entregues estavam em conformidade com os requisitos estabelecidos não serve para relevar a aplicação das penalidades notificadas: o objetivo primordial a alcançar com o contrato seria exatamente a obtenção das coberturas de acordo com todas as condições fixadas. Se, no que diz respeito aos seus requisitos, esse objetivo foi alcançado, tanto melhor, no entanto, esse cumprimento não pode servir para relevar o incumprimento de outras condições e dispensar a aplicação das penalidades que lhe correspondem.

Pelo exposto, reitera-se o entendimento manifestado no "Relatório de execução do contrato e apuramento do Montantes a Pagar" anteriormente notificado e nessa sequência decide-se pela aplicação das seguintes penalidades por incumprimento dos prazos contratuais:

- Uma relativa ao incumprimento dos prazos de entrega por blocos fora dos prazos previstas no 2º Parágrafo do ponto 5. do anexo I do contrato;
- Outra e cumulativa, relativa ao incumprimento do prazo geral de execução do contrato, previsto na cláusula 2ª (15 de setembro de 2018).

Nesta conformidade, decide-se pela aplicação de penalidades no seguinte valor:

$$P_{\text{total}} = 6.605,07 \text{ €} + 108.382,38 \text{ €} = 114.987,45 \text{ €}$$

Assim, deduzido o valor apurado a título de penalidades ao preço contratual conclui-se pelo seguinte valor a pagar ao Consórcio pelo fornecimento dos bens objeto do contrato:

$$\text{Montante total a pagar} = 445.206,00 \text{ €} - 114.987,45 \text{ €} = 330218,55 \text{ €}$$

(acrescido de IVA no valor de 104.697,38 €, o que perfaz um total de 434.915,93€.)» - cf. doc. 4 junto com a PI e constante de fls. 477 e ss. do PA3, cujo teor se dá por reproduzido.

12. Na sequência do apuramento do incumprimento dos prazos contratuais referidos no ponto anterior, foram aplicadas ao consórcio formado pelas contra-interessadas penalidades no valor total de € 114.987,45 - cf. doc. 4 junto com a

PI e constante de fls. 477 do PA3, cujo teor se dá por reproduzido.

13. Por ofício com a referência 004323/2019, dirigido à contra-interessada MUNICIPALIA e entregue em 23.04.2019, esta foi informada da aplicação das penalidades referidas no ponto precedente – cf. doc. 4 junto com a PI, cujo teor se dá por reproduzido, e consulta junto do site

https://www.ctt.pt/feapl_2/app/open/objectSearch/objectSearch.jspx.”

*

2.2. O DIREITO:

As Autoras, ora recorrentes, intentaram a presente acção de contencioso pré contratual, visando a anulação de ato de adjudicação e do contrato posteriormente celebrado, no âmbito de procedimento de formação de contrato de aquisição de serviços, bem como, a exclusão da proposta das contra-interessadas e a adjudicação em favor da proposta das autoras, alegando a invalidade do ato de adjudicação, sustentada na violação do regime do impedimento, previsto, em concreto, no artº 55º, nº 1, al. I) do Código dos Contratos Públicos (CCP” - aprovado pelo DL nº 18/2008, de 29 de Janeiro e na redacção que lhe foi dada pelo DL nº 33/2018, de 15/05, em vigor à data dos factos), uma vez que, tendo sido aplicada às contra-interessadas sanção contratual pecuniária de valor superior a 20% do preço contratual de contrato público anterior (previsto no artº 329º, nº 2 do CCP), esta estaria impedida de participar no concurso público em causa nos presentes autos.

Em concreto, alegam as AA/recorrentes [conclusões 9 a 13 e 16 e 17] que o acórdão recorrido errou ao considerar pura e simplesmente que, nos casos em que o contraente público não tenha procedido à resolução do contrato só há impedimento se tiverem sido aplicadas multas contratuais de valor superior a 30%.

Mais alegam que o impedimento se verifica tanto no caso de ter sido aplicada a regra geral prevista no nº 2 do artº 329º do CCP, como no caso de ter sido

aplicada a “excepção” a essa regra, ou seja o numero 3.

Daqui que, no seu entender, existirá sempre impedimento se tiver sido aplicada sanção pecuniária, seja de que percentagem for, desde que exista o prévio pressuposto da 1ª parte do artº 55º, nº 1, al. I) ...“que tenham ocorrido deficiências significativas” na execução do contrato anterior.

Mais alegam que quando a lei exige uma decisão, esta tem de ser expressa e devidamente fundamentada no sentido de não proceder à resolução do contrato com grave prejuízo para o interesse público, o que no caso não sucedeu.

E ao considerar que, no caso, seria aplicável como limite máximo, não 20% do preço contratual (nº 2 do artº 329), enquanto regra geral, mas 30%, como previsto no nº 3 do citado artigo, o acórdão recorrido que julgou a acção improcedente, incorreu em erro de julgamento por errada aplicação do disposto no artº 55º, nº 1, al. I) do CCP.

E se a deficiência na execução do contrato anterior, geradora de resolução por incumprimento aparece mencionada autonomamente como fundamento de impedimento, então é evidente que, nesse caso, é justamente esse facto que constitui impedimento e não a aplicação de sanção pecuniária que ultrapasse 20% do preço contratual e fique aquém de 30% desse valor.

E se o legislador, logo de seguida, faz menção expressa, à aplicação de sanções que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos nºs 2 e 3 do artº 329º do CCP, ainda para mais usando o plural, é porque pretendeu estabelecer como impedimento a aplicação de sanções pecuniárias que atinjam tanto o valor de 20% do preço contratual previsto no nº 2, como o valor de 30% do preço contratual previsto no nº 3.

Assim, a proposta apresentada pelas contra interessadas deveria ter sido objecto de exclusão, havendo, nessa sequência, de ser proferida decisão de adjudicação em favor da proposta das autoras.

*

Defendem, por seu turno, os demandados/recorridos que deve ser considerado, no caso, o limite de 30% do preço contratual (previsto no art. 329º, nº 3 do CCP), e como não houve resolução do contrato, nem não foi atingido o valor máximo, não ocorre o impedimento previsto no artigo 55º, nº 1, alínea I) do CCP e, portanto, não tendo sido atingido tal limite, as contra-interessadas não se encontravam impedidas de concorrer.

*

Na decisão proferida em 1ª instância foi decidido que “a decisão de admissão da proposta das contra-interessadas é inválida, por verificação do vício de violação de lei, traduzido, em concreto, na infracção do regime estabelecido nos artigos 146º, nº 2, al. c) e 55º, nº 1, al. I) e, do mesmo modo, a decisão de adjudicação e o próprio contrato celebrado, em razão da invalidade que para eles deriva da ilegalidade ali assim apurada [cf. art. 283º, nº 2 do CCP].”

Interposto, pelas contra-interessadas, recurso de apelação para o TCAS, veio este a conceder provimento, revogando a decisão do TAF de Leiria, julgando a acção improcedente, sobretudo por entender que o impedimento previsto no artº 55º, nº 1, al. I) do CPP só operaria «in casu» se a sanção atingisse 30% do preço (artº 329º, nº 3 do CCP), quando ela realmente se ficou por 25,6%.

*

Impõe-se, pois, apurar se as contra-interessadas se encontravam impedidas de participar no procedimento e, por esse facto, a sua proposta deveria ter sido objecto de exclusão ao abrigo dos artigos 146º, nº 2, al. c), e 55º, nº 1, al. I) do Código dos Contratos Públicos (CCP).

*

Como supra se referiu, o artº 55º, nº 1, alínea I), do CCP, foi aditado pelo DL nº

111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, e transpõe as Diretivas nºs 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 e a Diretiva nº 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014.

Esta norma visa salvaguardar a idoneidade moral, cívica e económica dos candidatos e concorrentes e, essencialmente, proteger o interesse público.

O referido artº 55º do CCP, que regula a matéria dos Impedimentos, estabelece no seu nº 1, alínea l) que:

«Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento as entidades que:

Tenham acusado deficiências significativas **o u** persistentes na execução de, pelo menos, um contrato público anterior nos últimos três anos, tendo tal facto conduzido à resolução desse contrato por incumprimento, ao pagamento de indemnização resultante de incumprimento, à aplicação de sanções **que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 329º**, ou outras sanções equivalentes» - negritos nossos.

Ou seja, segundo o artº 55º, nº 1, al. l), do CCP está impedido de concorrer quem, por haver executado deficiente e significativamente “um contrato público anterior nos últimos três anos”, sofreu a “aplicação de sanções que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos nºs 2 e 3 do artº 329º”.

Por seu turno, no artigo 329º do CCP, que tem por epígrafe “Aplicação das sanções contratuais”, dispõe-se o seguinte:

«1 - Nos termos previstos no presente Código, o contraente público pode, a título sancionatório, resolver o contrato e aplicar as sanções previstas no contrato ou na lei em caso de incumprimento pelo cocontratante.

2 - Quando as sanções a que se refere o número anterior revistam natureza pecuniária, o respetivo valor acumulado não pode exceder 20 % do preço

contratual, sem prejuízo do **poder** de resolução do contrato prevista no capítulo seguinte.

3 - Nos casos em que seja atingido o limite previsto no número anterior e o contraente público decida não proceder à resolução do contrato, por dela resultar grave dano para o interesse público, aquele limite é elevado para 30 %.

4 - Para efeitos dos limites previstos nos nºs 2 e 3, quando o contrato previr prorrogações expressas ou tácitas, o valor das sanções a aplicar deve ter por referência o preço do seu período de vigência inicial, a lei impede de participar no procedimento as entidades que tenham incorrido em incumprimento de contratos públicos anteriores que hajam sancionados com a aplicação de multas nos valores máximos previstos nos números 2 e 3 deste artigo 329º do CCP» - sub e negritos nossos.

Ao aludir no plural a “sanções”, a norma refere o impedimento às duas hipóteses previstas nos nºs 2 e 3 do arº 329º: aquela em que a sanção “não pode exceder 20% do preço” (nº 2) e a outra em que “aquele limite é elevado para 30%” (nº 3).

E como existem dois “máximos” percentuais, a questão reside em determinar qual deles releva no caso dos autos, pelo que se impõe distinguir as previsões destes dois números.

Resulta dos autos, que o TCAS em sede de apelação [acórdão recorrido] distinguiu estes dois números consoante o contrato (executado com deficiências) seja resolvido (nº 2) ou não o seja (nº 3), ou seja, encarou-os como puramente alternativos.

Mas impõe-se apurar se os nºs 2 e 3 do referido artigo não devem ser, ao invés, articulados numa relação regra/excepção, como aliás se refere no Acórdão que admitiu a presente revista.

Extrai-se da factualidade provada que a entidade demandada e as contra-interessadas celebraram, em 16 de Abril de 2018, um contrato de objecto idêntico àquele que está em causa nos autos, com vista à aquisição de

coberturas aerofotográficas digitais a cores, de 2018, relativas à totalidade do território de Portugal Continental (cfr. doc. 3 junto com a p.i.).

Sendo que, a entidade demandada, por despacho do Vice-Presidente do Conselho Directivo de 18 de Abril de 2018, no uso da prerrogativa prevista na Cláusula 13ª do Contrato e no artigo 329º do CCP, aplicou (fundamentando) às contra-interessadas multa contratual no valor total de 114.987,45€ correspondente à soma de uma penalidade por incumprimento do prazo de entrega dos blocos 4, 6, 7 e 8, em violação do prazo de 15 dias após a realização dos respectivos voos, no valor de 6.605,07€ e, de uma penalidade por incumprimento do prazo geral de entrega de todas as coberturas fotográficas e conclusão da execução dos trabalhos contratados, no valor de 108.382,38€ (cfr. doc. 4 junto com a p.i. e ponto 11. dos factos provados).

O preço contratual era de 455.206,00€ pelo que a sanção pecuniária aplicada atingiu 25,26% do preço contratual, ou seja, excedendo os limites máximos fixados no nº 2 do artº 329º do CCP, mas não atingindo os 30% que é o limite máximo fixado no nº 3 do artº 329º do CCP, sendo que não houve resolução do contrato [e nem nos presentes autos, importa analisar porque motivo tal não aconteceu, pois é questão que não cumpre neste momento apurar].

Ou seja, foi atingido e ultrapassado o limite dos 20% (nº 2), mas não o limite dos 30%, sem que tenha havido resolução do contrato [podendo havê-lo].

Lidas as normas em causa, parece resultar da redacção dada pelo legislador que o nº 2 do artº 329º do CCP se apresenta como uma norma geral ...«quando as sanções revistam natureza pecuniária, o respectivo valor acumulado não pode exceder 20% do preço contratual».

Por sua vez, o nº 3 da mesma norma apresenta-se como uma excepção ao nº 2, ou seja, sempre que a percentagem ultrapasse os 20% e ainda assim, o contraente público decidida não proceder à resolução do contrato por incumprimento, com fundamento em grave dano para o interesse público, a referida percentagem não pode exceder 30%.

Só que, neste último caso, o legislador impõe uma ponderação autónoma dessa consequência através de decisão fundamentada de não resolver o contrato, a emitir pelo contraente público de onde constem as razões pelas quais da resolução do contrato resultaria um grave dano para o interesse público.

Defendem nos autos as contra interessadas que, nos casos em que não tenha havido resolução do contrato, o limite da sanção é de 30% do preço contratual, concluindo de seguida, que, como não houve resolução do contrato, não foi atingido o valor máximo...logo não ocorre o impedimento previsto no artº 55º, nº 1, al. l) do CCP [posição seguida pelo acórdão recorrido].

Não cremos que lhes assista razão nesta argumentação.

Como supra já enunciamos, o artº 55º do CCP impede a candidatura de quaisquer concorrentes, se apresentarem a qualquer concurso, sempre que nas condições previstas no artº 329º do mesmo diploma lhe tenham sido aplicadas multas contratuais, quer nos termos do disposto no número 2, quer no número 3 da referida norma.

Os valores percentuais ali previstos, não podem ser considerados estanques, ou seja, as multas não podem ser só de 20% ou 30%, sob pena de ficarem de fora multas apuradas em função dos contratos, que se situem entre os 20% a 30%, como sucedeu nos autos (25,26%).

Na verdade, no artº 55º refere-se sempre a valores máximos, ou seja até 20% num caso (nº 2 do artº 329º) ou 30% no outro (nº 3 do artº 329º).

A diferença entre o número 2º e o nº 3 do artº 329, visa apenas diferenciar as situações em que num caso, a entidade adjudicante pode (ónus) proceder à resolução do contrato e no outro caso, em que, efectivamente, procede à resolução, desde que fundamentamente tenha ficado expresso que tal só pode acontecer por se verificar um grave dano para o interesse público.

Assim, no caso dos autos, tendo sido fixada uma multa que ultrapassa os 20% (valor máximo previsto no nº 2 do artº 329º do CCP), é nosso entendimento que se verificará sempre o impedimento desde que a primeira parte do artº 55º

também se mostre preenchida, ou seja, desde que os candidatos tenham acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de, pelo menos, um contrato público anterior nos últimos três anos.

E se assim suceder (o que veremos de seguida) esse impedimento gerará sempre que os candidatos não devam ser admitidos a novo concurso (regra geral prevista no nº 2 do artº 329º).

Significa isto que o nº 3 do artº 329º se apresenta como uma regra excepcional, apenas e unicamente quanto ao valor a fixar em termos de sanção pecuniária e nada mais, pois ambos os números podem conduzir ao impedimento; a diferença está em que neste número 3 se permite que sempre que o valor percentual seja superior a 20%, este valor pode ser aumentado até 30%, se o contraente público decidir não proceder à resolução do contrato, por entender que desta resolução pode resultar grave dano para o interesse público.

Deste modo, no caso dos presentes autos, o impedimento resulta desde logo da previsão feita constar do nº 2, ou seja, na regra geral, pois excede o valor de 20%, o que é suficiente para fazer funcionar o artº 55º, que fala em sanções (plural) e não em sanção.

Daí que, não seja necessário dissecar o disposto no nº 3 do artº 329º do CCP, no sentido de saber se existiu decisão fundamentada de não resolução do contrato, pois basta-nos constatar que foi aplicada uma sanção pecuniária que não só atingiu os 20%, como o excedeu, sem contudo ser necessário avançar para o nº 3 da norma em causa.

E isto porque o artº 55º do CCP se basta com a aplicação de uma sanção que tenha atingido o valor máximo fixado no nº 2, do artº 329º, ou seja, mais do que 20%, que foi o que sucedeu [a não se interpretar desta forma, o nº 2 do artº 329º ficaria destituído de sentido útil].

Tudo o mais, não interessa apurar para integrar o impedimento previsto no artº 55º do CCP, não só porque não estamos no campo de fixação sanções pecuniárias [isso foi feito devida ou indevidamente no outro processo anterior),

como porque nos presentes autos, não se mostra dado como provado que tenha havido uma decisão expressa, devidamente fundamentada, de não resolver o contrato, enunciando as razões pelas quais da resolução resultaria grave dano para o interesse público, o que seria sempre imprescindível, para que se pudesse enquadrar o nº 3 do artº 329º, no impedimento previsto no artº 55º, nº 1, al. I) do CCP.

Aplicando o disposto no nº 3, do artº 9º, do Código Civil, no sentido de que o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, somos efectivamente transportados para a interpretação no sentido de que o legislador se exprimiu em termos adequados quando ao referir-se na alínea I), do nº 1, do artº 55 do CCP à aplicação de sanções que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos nºs 2 e 3 do artº 329º do CCP, pretendeu consagrar autonomamente como impedimento, a aplicação de penalidade que ultrapasse o valor previsto de 20%, previsto no nº 2.

E por outro lado, [cfr. ponto 11 dos factos assentes] resultam evidentes nos autos que foram detectadas deficiências significativas na entrega (prazos de entrega) e execução, tal como resulta da factualidade assente, que aliás foram determinantes da aplicação da sanção pecuniária às então recorrentes no concurso anterior [aliás, se estas (deficiências significativas) não se verificassem, ficariam desprovidas de sentido a aplicação das sanções pecuniárias]; logo, mostra-se preenchido o pressuposto inicial a que alude a al. I), do nº 1, do artº 55º do CCP.

Neste sentido, cfr. Fernando Batista, in O “Bad Past Performance”, no Código dos Contratos Públicos, in Revista de Direito Administrativo, nº 6, pág. 89, quando refere:

«Dúvidas não subsistem que as causas para o impedimento resultante do incumprimento de um contrato anterior, por parte do co-contratante, são uma de três:(i) resolução sancionatória; (ii) aplicação de pelo menos 20% de sanções

contratuais tendo por referência o preço contratual; e, (iii) pagamento de indemnizações resultantes desse mesmo incumprimento.

(...) Quanto a este aspeto, não se percebe a intenção do legislador para a remissão para o nº 3 do artigo 329º, uma vez que a remissão para o nº 2 deste artigo seria sempre suficiente porque 20% de sanções contratuais preenchem sempre o requisito da norma».

No mesmo sentido, cfr. Pedro Fernández Sánches, in *Direito da Contratação Pública*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 2020, pág. 48: «Para a verificação deste impedimento, basta que uma destas situações tenha ocorrido por uma vez nos últimos três anos. Tal circunstância é considerada pelo legislador como comprovando a inidoneidade do operador económico inadimplente (...) crê-se que o pressuposto é apenas um: dificilmente poderia um ato administrativo que impusesse pelo menos uma destas consequências não ser fundado em “deficiências significativas e persistentes”. Por isso, a segunda parte do preceito consome a primeira parte”».

E estas deficiências (expressas no despacho que aplicou as sanções pecuniárias – cfr. ponto 11 da factualidade assente) em nada se confundem com os prejuízos que resultam do cumprimento para o interesse público, pois são adjectivações completamente diferentes [cfr. ainda a Diretiva 2014/24/EU – considerando 101 – que expressamente se refere, entre o mais, a falhas na entrega, considerando-as deficiências graves no que se refere aos requisitos essenciais.

E, deste modo, é manifesto o erro em que incorre o acórdão recorrido, uma vez que se mostra verificado o impedimento previsto na al. l) do nº 1 do artº 55º do CCP, pelo que a proposta apresentada pelas contra interessadas/ora recorridas, deveria ter sido objecto de exclusão, nos termos previstos no artº 146º, nº 2, al. c) do CCP, como bem se decidiu na sentença de 1ª instância.

Importa, por último, fazer uma breve referência a um último argumento feito constar no acórdão recorrido e que respeita ao seguinte: entendeu-se em sede

de apelação que ...em qualquer caso, as contra interessadas sempre poderiam demonstrar a sua idoneidade e relevar o impedimento, nos termos do artº 55º-A do CCP.

Vejamos, se assim é:

Consignou-se no acórdão recorrido a este propósito:

«Acresce que se a Entidade Demandada entendesse estar verificado o impedimento previsto na alínea l) do nº 1 do artigo 55º do CCP relativamente à proposta apresentada pelas contrainteressadas, ora Recorrentes, a verdade é que o Consórcio poderia sempre «demonstrar que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato e a não afetação dos interesses que justificam aqueles impedimentos, não obstante a existência abstrata de causa de exclusão» nos termos do disposto no nº 2 do artigo 55º-A do CCP».

Não cremos que, pelo facto da entidade adjudicante não ter dado esta oportunidade às contra interessadas [e não deu porque considerou, face à decisão que tomou, que a mesma não teria lugar] se possa extrair sem mais a consequência aventada no acórdão recorrido.

Com efeito, esta faculdade é isso mesmo, ou seja, um ónus que a entidade adjudicante e oponentes entenderam, no caso concreto, não cumprir.

De facto, o nº 6 do artº 57º do CCP determina que o DEUCP (documento europeu único de contratação pública) deve ser apresentado obrigatoriamente com a proposta inicial.

Resulta do Regulamento de Execução (EU) 2016/7 da Comissão, de 05.01.2016, que estabelece o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Pública e do respectivo Anexo 2, que, naquele documento, o operador económico está obrigado, sob compromisso de honra, a (i) declarar se se encontra em qualquer situação de impedimento, (ii) em caso afirmativo, se adoptou quaisquer medidas de self-cleaning susceptíveis de conduzir à respectiva relevação pela entidade adjudicante.

No artº 55º, nº 1, al. l) do CCP, que transpõe o motivo da exclusão referido no artº 57º, nº 4, al g) da Directiva 2014/24/EU, o formulário do DEUCP, contém um segmento específico que o concorrente tem de preencher, onde se pergunta se ...«O operador económico foi sujeito à rescisão antecipada de um contrato público anterior, de um contrato anterior com uma entidade adjudicante ou de um contrato de concessão anterior ou ainda objecto de um pedido de indemnização ou de outras sanções comparáveis ao abrigo desse contrato anterior?».

Deste modo, as contra interessadas nunca ficariam prejudicadas pelo facto da entidade adjudicante não lhes ter dado a oportunidade de exercer a faculdade legal de relevação do impedimento, uma vez que este ónus também recaía sobre elas e logo no momento da apresentação da proposta, e nada fizeram no que à aplicação das sanções pecuniárias diz respeito – cfr. Pedro Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, pág. 769, Pedro Fernández Sánchez, in *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 2020, pág 57 e Gonçalo Guerra Tavares, in *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2019, pág 265.

Deste modo, impõe-se conceder provimento ao recurso, com as legais consequências.

*

3. DECISÃO

Face ao exposto, acordam os juízes que compõem este Tribunal em conceder provimento ao recurso, revogar o acórdão recorrido e fazer subsistir, com a presente fundamentação, na ordem jurídica, a decisão proferida em 1ª instância.

Custas a cargo das recorridas.

Lisboa, 18 de Fevereiro de 2021

[A relatora consigna e atesta, que nos termos do disposto no art. 15º-A do DL nº 10-A/2020, de 13.03, aditado pelo artº 3º do DL nº 20/2020, de 01.05, têm voto de conformidade com o presente Acórdão os restantes integrantes da formação de julgamento Conselheiro Cláudio Monteiro e Conselheiro José Veloso].

Maria do Céu Dias Rosa das Neves

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