

Acórdão 34/2019 – 10 SET – 1ª S/PL

DESCRIPTORIOS: ADJUDICAÇÃO / CADUCIDADE / CAUÇÃO / CONTRATO DE EMPREITADA / HABILITAÇÃO
A CONCURSO

SUMÁRIO

Processo n.º 2395/2018

Recurso Ordinário n.º 29/2018

Relator: Conselheiro Alziro Antunes Cardoso

1. O poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, ou de ilegalidade sancionável com anulabilidade e que se julgue suscetível de alterar o resultado financeiro, com direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto.
2. A decisão proferida pelo TAF do Porto, confirmada pelo TCA Norte, não obsta a que o Tribunal de Contas, no âmbito da sua competência própria, possa manter a decisão de recusa de visto, caso conclua pela verificação de ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro.
3. De acordo com o disposto nos artigos 86.º n.º 1 e 91.º n.º 1, ambos do CCP, a não apresentação tempestiva dos documentos de habilitação ou a não prestação de caução só constituem causas de caducidade da adjudicação se forem imputáveis ao adjudicatário.
4. Tendo a adjudicatária incumprido a obrigação de prestar e comprovar a prestação de caução válida no prazo fixado no n.º 1 do artigo 90.º do CCP, a decisão que declarou a caducidade da adjudicação não enferma de ilegalidade suscetível de fundamentar a recusa de visto ao contrato celebrado com a empresa cuja proposta foi ordenada em lugar subsequente.



Secção: 1ª S/PL

Data: 10/09/2019

RO 29/2018

Processo: 2395/2018

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

TRANSITADO EM JULGADO EM 30/09/2019

Acordam os Juizes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção:

I – RELATÓRIO

1. O Município da Póvoa do Varzim (doravante MPV) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 39/2018, desta 1.ª Secção, em Subsecção, que recusou o visto, ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/08¹), a o contrato de empreitada denominada “Ampliação da Rede de Águas Residuais Domésticas na Freguesia de Rates – 2.ª Fase”, celebrado com a empresa “Acácio da Caridade Ferreira & Irmão, S.A.”, em 26.07.2018, pelo preço contratual de €1.998.988,83, e com prazo de execução de 12 meses.

2. Apresentou alegações que culminam com as seguintes conclusões:

«1.ª – O presente recurso vem interposto do Acórdão da 1.ª Secção, funcionando em Subsecção, do Tribunal de Contas, datado de 16.10.2018 e proferido em Processo de Fiscalização Prévia, Acórdão esse que decidiu “recusar o visto” ao contrato submetido a esse Venerando Tribunal e respeitante à empreitada, devidamente submetida a Concurso Público, denominada “Ampliação da Rede de Águas Residuais Domésticas

¹ Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.



na Freguesia de Rates – 2.ª fase”, celebrado com a empresa “Acácio da Caridade Ferreira & Irmão, SA” em 26.07.2018, pelo preço contratual de € 1.998.988,83 e com o prazo de execução de doze meses;

2.ª – Aquela empresa ACF havia ficado colocada em 2.ª lugar no aludido Concurso, mas a empresa “Francisco Coelho & Filhos” (FCF), ali classificada em 1.ª lugar, e que havia sido dele a primeira adjudicatária, fora depois objeto de decisão que declarou a caducidade da adjudicação, por não ter prestado no prazo legal e concursal caução válida;

3.ª – As razões pelas quais ficou decidida a recusa de Visto foram as seguintes: A) ter o Acórdão julgado como não válidos, por argumentos vários, o fundamento invocado pelo Recorrente, em sede de Concurso, para declarar a caducidade da adjudicação que havia sido efetuada à 1.ª adjudicatária, FCF, e para, em consequência, ter celebrado com a 2.ª adjudicatária, ACF, o contrato cujo Visto se solicitava; B) e, de qualquer modo, além de ser infundada, ter a 2.ª adjudicação por consequência um resultado financeiro diferente, traduzido num acréscimo de despesa de € 12.576,75 (o preço da 1.ª adjudicatária era de € 1.986.412,08, enquanto que o da 2.ª adjudicatária é de € 1.998.988,83);

4.ª – Ambos aqueles fundamentos carecem visivelmente de rigor;

COM EFEITO,

5.ª – Ao primeiro fundamento de recusa de Visto, o Acórdão recorrido desdobrou-o em cinco afirmações, a saber, (1) o seguro-caução foi comprovado em tempo, (2) mesmo que a Mediadora de Seguros não tivesse poderes para representar a alegada Seguradora, o contrato de seguro estaria ratificado por norma da lei (3) de qualquer modo, a responsabilidade pelos problemas havidos com o seguro-caução não recaía sobre a adjudicatária FCF, como seria indispensável, porque a responsabilidade seria da Mediadora, (4) a adjudicatária FCF estaria de boa-fé, e (5) o Recorrente agiu com excesso de zelo, violando os princípios da proporcionalidade e da justiça e razoabilidade;

6.ª – A afirmação da conclusão 5.ª (1) é verdadeira no que à mera e por si só ineficaz materialidade dos factos diz respeito (ou seja, é verdade que em 07.06.2018 a FCB entregou ao Recorrente um “documento” emitido pela Mediadora OPS que pretendia



que fosse um contrato de seguro válido, e que mais tarde, interpelada pelo Recorrente para essa segunda oportunidade, juntou um outro “documento” alegadamente originário da própria Seguradora AIG; mas não é verdade que qualquer um dos referidos papéis constituísse prova de um contrato de seguro-caução válido (sendo que o que a lei exige é, evidentemente, a apresentação em prazo de um documento válido) – falsidade documental essa que está perentória e formalmente declarada pela própria AIG em documento dos autos, e que teve de ser o próprio Recorrente a apurar, por dever de zelo, confrontado como foi com as patentes incongruências quer dos “documentos” quer do historial da sua obtenção pela FCF e da sua apresentação no processo concursal;

7.ª – *A afirmação da conclusão 5.ª (2) está errada, pois que a norma legal invocada no Acórdão (o n.º 2 do artigo 30.º do RJCS), não é aplicável, nem por várias razões de direito o poderia ser, quando em causa está, como no caso em análise, a emissão de (pelo menos dois) “documentos” completamente falsos, fraudulentos, e não uma qualquer negligência ou mesmo modus faciendi habitual nas relações diárias normais de mediadores e seguradoras; além de que a mesma afirmação se funda exclusivamente em circunstâncias que o Tribunal inteiramente desconhece se é ou não verdadeiro (o Acórdão dá por adquirido que a AIG não manifestou à FCF a sua oposição nos termos da lei – admitindo, apenas para efeito deste exercício, que fosse ela necessária na hipótese do caso concreto), quando é certo que não pode o Tribunal julgar com base em factos não provados;*

8.ª – *As afirmações da conclusão 5.ª (3) – que o Acórdão dividiu em quatro sub-fundamentos de recusa de Visto – e (4) não são verdadeiros;*

9.ª – *Quanto ao 1.º sub-fundamento de (3) (o de que “ainda que se considerasse que tal seguro-caução foi emitido de forma irregular, conclusão que não foi possível confirmar nesta sede, certo é que a responsabilidade por tal facto, a acontecer, só poderá ser assacada à mediadora “OPS (...)”, responsável por aquela emissão, e não à sua cliente – a empresa “Francisco Coelho & Filhos, Lda.”), não é ele verdadeiro, desde logo porque está provadíssima a irregularidade (que é muito mais do que isso, é uma verdadeira e chocante ilegalidade, eventualmente até do foro criminal), da emissão dos “documentos” alegadamente comprovativos da existência de seguro-*



caução; e, depois, porque a ex-adjudicatária FCP agiu, ela mesma, com indesmentível e indesculpável incúria, com omissão do zelo devido, do que são sinal inequívoco os vários factos acima lembrados e que o Acórdão, mal, entendeu não considerar – designadamente o de que a FCF, empreiteira necessariamente sabedora, tinha obrigação de conhecer a insuficiência do primeiro “documento” entregue (que não era uma apólice de Seguradora mas mera “declaração” de uma Mediadora), e tinha também obrigação de tomar ainda mais especiais cuidados quanto à validade do segundo “documento” entregue (bastaria um telefonema para a seguradora, por exemplo), sendo impossível “absolvê-la” com a mera desculpa de que entregou ao Recorrente o que lhe tinham entregado a ela, em ambiente de convencimento psicológico e/ou de excesso de confiança;

10.º – *Quanto ao 2.º sub-fundamento de (3) (o de que “em circunstâncias normais, a empresa “Francisco Coelho & Filhos, Lda.” não podia deixar de aceitar, como sendo certa e fiável, a declaração negocial efetuada pela citada mediadora de seguros (...), ainda mais, quando, conforme resulta dos autos (...), « (...) desde há mais de vinte anos que trabalha com esta empresa de seguros, contratando junto da mesma todos os seguros relativos à sua atividade profissional (designadamente seguros automóvel, seguros de acidentes de trabalho, seguros multirriscos, etc.”»), não é ele, igualmente verdadeiro, desde logo porque sobre aquele “facto” não estar provado em lado nenhum – o que basta para ter de ser desconsiderado! – não constituiria ele nunca circunstância legalmente válida para a desculpabilização da FCF, pois que implicaria, se fosse verdadeiro e atendível, que pudesse ela fazer, com base nela, sem consequências, as maiores tropelias (por estar “de boa-fé”!); e também não é verdadeiro, depois, pelo conjunto de factos para que já se remeteu na conclusão anterior, dos quais resulta que a FCF agiu com omissão claramente culposa dos seus deveres de zelo e de colaboração, apresentando no concurso “documentos” inválidos, um deles até falso, quando lhe era exigível e facilmente acessível cumprir aqueles deveres e omitir tais condutas;*

11.º – *Quanto ao 3.º fundamento de (3) (o de que “existem motivos bastantes nos autos indiciadores da boa-fé da primeira adjudicatária”, salientando “a disponibilidade manifesta pela empresa para, em sede de audiência prévia, proceder*



à substituição do seguro-caução por um depósito em dinheiro” e “a iniciativa de recorrer à via judicial”), carecem até de sentido, máxime como fundamento para a recusa de Visto: o primeiro “facto” porque não pode ele interpretar-se senão como um mero recurso (que a FCF levaria ou poderia levar efetivamente à prática? Não o sabemos!), face à constatação de que havia praticado anteriormente duas atuações culposas, com conseqüente e manifesto incumprimento da lei, sendo aliás inexigível legalmente que o Recorrente lhe concedesse, em violação das suas obrigações, nomeadamente perante os demais Concorrentes, uma terceira oportunidade!); e o segundo “facto” porque, francamente, ver na propositura de uma ação uma (dada por inquestionável!!) manifestação de boa-fé é algo de ainda mais surpreendente num Acórdão já no mais incompreensível, por razões que constituiria ofensa a Vossas Excelências tratar de expor aqui;

12.ª – *Quanto ao 4.ª sub-fundamento de (3) (o de que “inexistindo responsabilidade da empresa adjudicatária, pelas razões suprarreferidas, não se encontram preenchidos todos os pressupostos do artigo 91.ª, n.ª 1 do CCP, pelo que carece de fundamento legal a invocação da caducidade da adjudicação e a conseqüente adjudicação ao concorrente classificado em 2.ª lugar”), o Acórdão recorrido interpretou claramente mal a norma indicada, pois que a ressalva da lei não visa, evidentemente, nem podia visar, a proteção de situações como a destes autos (que é a de não apresentação de caução válida, apesar de apresentados dentro do prazo estabelecido “documentos” que pretensamente a comprovariam), mas antes, e apenas, contemplar casos de suficiência de documentos mas com entrega tardia (fora de prazo, ou “não «em tempo», como nela se diz expressamente) pelo adjudicatário, mas por culpa de outrem (demora censurável de emissão, por exemplo), ou por um qualquer “justo impedimento”, e não casos de invalidade dos documentos “comprovativos” da prestação de seguro-caução que foram apresentados em prazo (hipótese ali não prevista);*

12.ª – *A afirmação da conclusão 5.ª (4), porque o Acórdão recorrido se reporta, de novo, à boa-fé que conseguiu encontrar na atuação da FCF, reitera-se aqui, além do alegado, tudo quanto a esse propósito já consta, apesar de muito resumidamente, das conclusões anteriores;*



13.º – A firmação da conclusão 5.º (5), está igualmente errada, pois que o Recorrido não atuou com excesso de zelo (atuou com zelo, como é obrigação sua – e se assim não fosse, seria hoje parte de um contrato de empreitada sem seguro-caução prestado), não violou o Princípio da Proporcionalidade (pois que não adotou qualquer comportamento que não fosse adequado ao fim prosseguido nem afetou interesses particulares desnecessária ou desproporcionadamente), não violou os Princípios da Justiça e da Razoabilidade (pois que tratou a FCF de forma justa e não adotou qualquer solução desrazoável ou incompatível com a ideia de Direito), e respeitou escrupulosamente o Princípio da legalidade (pois que atuou sempre, e só atuou, em obediência à lei e ao direito, e dentro dos limites dos poderes que lhe estão conferidos e em conformidade com os respetivos fins);

14.º – O segundo fundamento de recusa de Visto invocado pelo Acórdão recorrido foi o de que a decisão do Recorrente de celebrar contrato com o 2.º classificado no concurso depois de ter declarado a caducidade da adjudicação ao 1.º classificado, violou o estabelecido no artigo 44.º da LOPTC, visto que se traduziu num resultado financeiro diferente, em prejuízo do erário público – mas mais uma vez aquele Acórdão errou;

15.º – Na verdade, a “alteração do regime financeiro” que naquela norma legal se diz ser relevante em sede de concessão de Visto é apenas a que resulte de alguma “ilegalidade”, que no caso não se verifica – pelo que a alteração do regime financeiro é absolutamente irrelevante, designadamente para o efeito de, com base naquela norma, ser o Visto recusado; ou seja, a alteração do regime financeiro da empreitada (encarecendo-a em € 12.576,75) resultante da celebração do contrato cujo Visto o Recorrido solicitou resultou de ato legal deste – pelo que está permitida legalmente;

16.º – Acresce que só sendo possível legalmente recusar o Visto com base em nulidade (que não é o caso) ou com base em ilegalidade que simultaneamente altere o regime financeiro, o Visto deveria ter sido, em qualquer caso (isto é, mesmo que fosse ilegal a atuação do recorrido) concedido, atento não só o pequeno valor absoluto daquele agravamento (a quantia citada na conclusão anterior), mas também que equivale ele a uma alteração de somente 0,6% (zero virgula seis por



cento) – ou seja, uma alteração absolutamente não significativa, ou, melhor dito, nem sequer digna de ser considerada alteração juridicamente relevante;

17.º – E que consentindo a lei, como o n.º 3 da norma em apreço consente, que em casos como o presente o Tribunal conceda o Visto fazendo-o acompanhar de recomendações no sentido de se evitar no futuro a ilegalidade em causa (que só para este efeito se imagina que exista), desse exato modo deveria ter procedido, ao menos, o Acórdão recorrido;

18.º – Não tendo o Acórdão recorrido decidido ao menos por esse modo, terá inelutavelmente lugar um prejuízo financeiro gravíssimo para o erário público, pois que a empreitada em causa, no valor de quase € 2.000.000,00, é cofinanciada em 85%, como consta do processo, por fundos da União Europeia, que inevitavelmente se perderão (já que o prazo de execução física e financeira da obra fixado no programa comunitário termina a 31.12.2019, o prazo contratual de execução da empreitada é de 12 meses, e estamos já em meados de Novembro de 2018 – o que não consente imaginar outro desfecho para o que custou tanto a conseguir e tão importante seria que se executasse);

19.º – O Acórdão do Plenário da 1.ª Secção a proferir neste Recurso deverá ainda harmonizar a decisão final que venha a tomar com a Sentença já proferida na ação de contencioso pré-contratual que correu termos no TAF do Porto, na qual o aqui Recorrido foi absolvido de todos os pedidos formulados pela FCF – em homenagem à ideia de unidade do sistema jurídico;

20.º – Julgando como julgou, o aliás douto Acórdão recorrido violou as normas contidas nos artigos 90.º e 91.º do Código dos Contratos Públicos, no artigo 30.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, no artigo 227.º do Código Civil, nos artigos 7.º e 8.º do Código do Procedimento Administrativo e no artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.»

3. O Ministério Público emitiu parecer, nos termos do n.º 1 do artigo 99.º da LOPTC, defendendo a procedência do recurso.

II. Questões a decidir



4. O objeto do recurso é delimitado pelas conclusões das alegações do recorrente (cf. artigos 635.º, n.º 4, e 639.º 1 e do Código de Processo Civil, supletivamente aplicáveis nos termos do artigo 80.º da LOPTC), sem prejuízo do conhecimento das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (cf. artigo 608.º, n.º 2, ex vi do artigo 663.º, n.º 2, do CPC). Por outro lado, conforme resulta dos citados artigos 608.º n.º 2 e 663.º n.º 2, do CPC, o tribunal ad quem apenas está obrigado a resolver as questões que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações de recurso (e suas conclusões), e não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada pela solução dada a outras.

5. Assim, e de acordo com o teor das conclusões das alegações do recorrente extraem-se as seguintes questões essenciais a apreciar e decidir:
 - a) (i) legalidade da decisão que declarou a caducidade da adjudicação da empreitada em causa à empresa Francisco Coelho & Filhos, Lda. e a consequente adjudicação à empresa cuja proposta ficou posicionada em lugar subsequente, ou seja, a empresa Acácio da Caridade Ferreira & Irmão, S.A.;
 - b) (in)existência de fundamento para a recusa de visto.

6. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

III. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

7. O Acórdão recorrido, não impugnado quanto à decisão sobre a matéria de facto, considerou provados os seguintes factos:
 - a) Por deliberação de 27.03.2018, a Câmara Municipal de Póvoa do Varzim (doravante CMPV) aprovou a abertura de concurso público, com o preço base de €2.368.690,00,



acrescido de IVA, tendo em vista a adjudicação da empreitada “Ampliação da Rede de Águas Residuais Domésticas na Freguesia de Rates – 2.ª Fase”;

- b) O anúncio do concurso público foi publicado no DR, 2.ª Série, n.º 62, de 28.03.2018, sob o n.º 1883/2018;
- c) O critério de adjudicação estabelecido foi o da “proposta economicamente mais vantajosa”, tendo o fator “preço” uma ponderação de 60% e o fator “qualidade – valia técnica da proposta” uma ponderação de 40%;
- d) Conforme resulta do relatório preliminar do júri, datado de 04.05.2018, apresentaram proposta válida 10 empresas;
- e) Decorrido o prazo legal de audiência prévia, a empreitada em causa foi, por despacho do Presidente da CMPV, de 28.05.2018, adjudicada à empresa classificada em primeiro lugar – “Francisco Coelho & Filhos, Ld.ª” – pelo valor de €1.986.412,08;
- f) A decisão do Presidente do executivo municipal foi ratificada pela CMPV, em reunião realizada em 05.06.2018;
- g) A decisão de adjudicação foi comunicada à empresa vencedora, em 30.05.2018, tendo-lhe sido solicitado que, no prazo de 10 dias, prestasse caução no montante de 5% do preço contratual, ou seja, €99.320,60;
- h) Consequentemente, a empresa adjudicatária remeteu ao MPV documento comprovativo da celebração de um seguro-caução (operação n.º 2018.407242802.0315), em 07.06.2018, com o seguinte teor:
«A Companhia de Seguros AIG EUROPE LIMITED, registada em Inglaterra e País de Gales, com NIPC 01486260, com sede Edifício AIG, 58 Fenchurch Street, Londres EC3M 4 AB, Reino Unido, aqui representada por Sucursal em Portugal pela OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, com NIPC 501124896, com sede na Rua



Ernesto Carvalho, n.º 150, 4760-143 Vila Nova de Famalicão, registada na ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, presta a favor do MUNICÍPIO DA PÓVOA DO VARZIM, pessoa coletiva n.º 506741400, garantia autónoma, à primeira solicitação, até ao valor de €198.641,21 (cento e noventa e oito mil, seiscentos e quarenta e um euros e vinte e um cêntimos), correspondente a 5% do depósito definitivo e 5% de vigésimos, destinados a garantir o bom e integral cumprimento das obrigações que a FRANCISCO COELHO E FILHOS, LDA, sociedade por quotas, com sede na Rua Vasconcelos e Castro, n.º 63, 1.º, Vila Nova de Famalicão, com matrícula e pessoa coletiva n.º 500119317, assumirá no contrato que com ela o MUNICÍPIO DA PÓVOA DO VARZIM vai outorgar e que tem por objetivo a Empreitada de “Ampliação da Rede Águas Residuais Domésticas na Freguesia de Rates – 2.ª Fase”, nos termos dos n.ºs 7 e 8 do artigo 90.º do Código dos Contratos Públicos.»;

i) Na sequência de reservas sobre o “seguro-caução” supracitado, suscitadas pelo Gabinete Jurídico da autarquia, foi a empresa “Francisco Coelho & Filhos, Ld.ª” instada, em 11.06.2018, por Isabel Carvalho, do Município da Póvoa do Varzim, “em representação do Júri do Concurso”, a, no prazo de 2 dias (isto é, até às 17.00 horas do dia 13.06.2018), apresentar:

- Documento emitido pela AIG EUROPE LIMITED atestando que esta Companhia de Seguros fica vinculada, e se compromete perante o Município da Póvoa do Varzim, nos exatos termos do “Seguro Caução” passado pela “OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª”, no dia 7.06.2018;
- Documento que ateste que a “OPS - Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª”, é uma entidade legalmente autorizada a realizar este seguro;

Sob pena de “não sendo apresentados os documentos agora exigidos, concluiremos que não foi prestada a caução exigida – nos termos e com as consequências previstas no citado n.º 1 do artigo 91.º do Código dos Contratos Públicos”;

j) Em resposta ao solicitado, no dia seguinte (12.06.2018), a empresa “Francisco Coelho & Filhos, Ld.ª”, remeteu ao MPV documento intitulado “Certificação de Seguro de



Caução”, em papel timbrado da AIG EUROPE LIMITED, datado de 12.06.2018, com o seguinte teor:

«A Companhia de Seguros AIG EUROPE LIMITED, registada em Portugal na ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões certifica a operação n.º 2018.407242802.0315, Seguro de Caução, representada com poderes para o acto pela OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, emitida a favor do MUNICÍPIO DA PÓVOA DO VARZIM, pessoa coletiva n.º 506741400, até ao valor de €198.641,21 (cento e noventa e oito mil, seiscentos e quarenta e um euros e vinte e um cêntimos), correspondente a 5% do depósito definitivo e 5% de vigésimos, destinados a garantir o bom e integral cumprimento das obrigações que FRANCISCO COELHO E FILHOS, LDA, pessoa coletiva n.º 500119317, assumirá no contrato que com ela o MUNICÍPIO DA PÓVOA DO VARZIM vai outorgar e que tem por objetivo a empreitada de “Ampliação da Rede de Águas Residuais Domésticas na Freguesia de Rates – 2.ª Fase”.

A OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, detém o Seguro de Responsabilidade Civil Profissional, subscrito através da APROSE, com a AIG EUROPE e cujo limite de indemnização é de 1.250.618 Euros por sinistro e de 1.875.927 Euros por ano»;

- k) No dia 13.06.2018, por e-mail dirigido à AIG EUROPE LIMITED – Sucursal em Portugal, assinado por Jorge Caimoto, do Gabinete Jurídico do MPV, foi exposto o seguinte:

«No âmbito de um concurso público, a sociedade adjudicatária veio apresentar seguro-caução, titulado pelo documento do qual se anexa cópia, passado pela OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, que para tanto invoca a qualidade de representante dessa Companhia de Seguros.

A adjudicatária foi notificada para apresentar “documento emitido pela AIG EUROPE LIMITED atestando que esta Companhia de Seguros fica vinculada, e se compromete perante o Município da Póvoa do Varzim, nos exatos termos do “Seguro de Caução” passado pela OPS - Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, no dia 7 do corrente mês de junho”.

Em resposta, submeteu o documento cuja cópia se anexa.



Neste enquadramento, e uma vez que o teor do documento não é claro, nem a assinatura aposta no mesmo se mostra reconhecida ou identificada, solicita-se seja esclarecido se a OPS - Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª tem poderes para vincular a AIG EUROPE LIMITED e, bem assim, se a AIG EUROPE LIMITED fica vinculada, perante o Município da Póvoa do Varzim, nos exatos termos do “Seguro de Caução” passado pela OPS - Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, no dia 7 do corrente mês de junho»;

- l) E no dia 19.06.2018, por carta registada, em nome da AIG EUROPE LIMITED – Sucursal em Portugal – foi respondido o seguinte:

«Exmo. Sr. Dr. Jorge Manuel de Guimarães Caimoto,

Após análise da sua comunicação datada do passado dia 13 de junho, que desde já agradecemos, e das questões nela colocadas, cumpre-nos esclarecer que a OPS - Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, não é representante da AIG Europe Limited – Sucursal em Portugal (“AIG”), nem dispõe de quaisquer poderes para, em circunstância alguma e para qualquer efeito, representar a AIG.

Muito nos surpreende, pois, que tenha sido elaborado e apresentado junto de V. Exas, documento no qual, sem qualquer tipo de fundamento, a OPS - Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª, invoca esta qualidade (cfr. Documento em anexo, designado “Seguro de Caução”, datado de 7 de junho).

Ainda a este respeito, mais entendemos esclarecer que a AIG não emitiu o referido documento “Certificação do Seguro de Caução”, desconhecendo em absoluto o contexto e o circunstancialismo subjacentes à produção do mesmo. Com efeito, o Seguro de Caução em apreço não foi contratado nem submetido aos serviços da AIG. Assim, no sentido de dissipar quaisquer dúvidas, e em complemento do exposto, acrescente-se ainda que a AIG não fica vinculada perante o Município da Póvoa do Varzim, tanto nos termos do referido documento designado “Seguro de Caução”, como nos termos do documento designado “Certificação de Seguro de Caução”, datado de 12 de junho, relativamente aos quais a AIG é inteiramente alheia.



Por último, a AIG informa que está a tomar todas as diligências reputadas necessárias em relação a este assunto, recorrendo às vias legais disponíveis com vista a apurar responsabilidades»;

- m) Seguidamente, o técnico superior jurista do MPV, Dr. Jorge Caimoto, subscreveu, no mesmo dia (19.06.2018) a Informação n.º 086/2018, na qual propõe superiormente a caducidade da adjudicação, ao abrigo do disposto no artigo 91.º, n.º 1 do CCP, isto é, com fundamento na falta de prestação de caução, propondo igualmente a adjudicação à proposta ordenada em lugar subsequente. No mesmo dia, a Informação mereceu despacho de concordância do presidente do executivo municipal;
- n) Notificada, em 19.06.2018, para, em 5 dias, exercer o direito de audiência prévia, apresentou a empresa “Francisco Coelho & Filhos, Ld.ª”, no dia 22.06.2018, a sua defesa nos seguintes termos:
- «1. Foi a respondente notificada da intenção deste Município proceder à declaração de caducidade da adjudicação em referência nos presentes autos.*
 - 2. De acordo com a mencionada decisão ou projeto de decisão, tal dedução de caducidade fundamenta-se na invocada circunstância de não ter sido apresentado seguro-caução validamente constituído em conformidade com o preceituado no n.º 7 do art. 90.º do Código dos Contratos Públicos.*
 - 3. Ora, pelas razões que se irão aduzir, entende a respondente que não deverá ser declarada tal caducidade, devendo assim ser mantida a adjudicação da empreitada denominada “Ampliação da rede de águas residuais domésticas da freguesia de Rates – 2.ª fase”.*
 - 4. De facto, de acordo com o preceituado no art. 88.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, “em caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração”.*
 - 5. De acordo com o postulado no n.º 1 do art.º 90.º do mesmo diploma legal “O adjudicatário deve prestar 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”, sendo que,

6. A referida caução poderá ser prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução. (Conf. N.º 1 e 2 do art.º 90.º do CCP).

7. Finalmente, concretiza o n.º 7 do art. 90.º do referido diploma legal que, “tratando-se de seguro-caução, o programa do procedimento pode exigir a apresentação de apólice pela qual uma entidade legalmente autorizada a realizar este seguro assuma, até ao limite do valor da caução, o encargo de satisfazer de imediato quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que o seguro respeita.” (Conf. N.º 7 do art. 90.º do CCP).

8. Em todo o caso, prevê a lei que a adjudicação poderá caducar 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.” (Conf. N.º 1 do art. 91.º do CCP).

9. Ora, no caso sub judice nenhuma actuação ou omissão poderá ser imputada à respondente no que concerne à não prestação da caução.

10. De facto, pretendendo a mesma prestar caução através da modalidade “seguro caução”, dirigiu-se a uma entidade mediadora de seguros, no caso a sociedade “OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Lda”, solicitando a esta a contratação de seguro caução.

11. Na circunstância, solicitou à dita mediadora que o seguro caução fosse o necessário e suficiente para cumprir as regras estabelecidas no CCP, e nomeadamente as condições estabelecidas na adjudicação da empreitada sub judice.

12. Concretamente, deveria cobrir tal seguro caução o valor de €198.641,21 (cento e noventa e oito mil, seiscentos e quarenta e um euros e vinte e um cêntimos), valor esse que era o correspondente a 5% do depósito aludido e 5% de vigésimos, destinada a garantir o bom e integral cumprimento das obrigações assumidas pela adjudicatária no âmbito do contrato de empreitada a ajustar com o Município do Concelho da Póvoa do Varzim, sendo pois estas as instruções que foram expressamente dadas pela ora respondente.



13. Feito que foi tal pedido através da identificada mediadora de seguros, foi esta que formalizou toda a contratação do seguro em causa.

14. Tendo sido a mediadora que elaborou e entregou à respondente os documentos referentes ao seguro caução, e, nomeadamente, o documento emitido pela dita “OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Lda”, datado de 7 de junho de 2018, e um outro denominado “Certificado de seguro de caução”, datado de 12 de junho de 2018, alegadamente emitido e elaborado pela Companhia de Seguros “AIG Europe Limited”.

15. Pelo que se expôs, e que corresponde à realidade dos factos, é, pois, a respondente totalmente alheia à elaboração material dos documentos em causa,

16. tendo acreditado, justificadamente, que as declarações nos mesmos constantes não só correspondiam à vontade real dos respetivos declarantes, como também haviam sido, na verdade, emitidos por tais declarantes, ou seja, pela dita “OPS” e pela invocada “AIG”.

17. Assim, quando a respondente, na posse de tais documentos, os fez juntar ao procedimento administrativo, legitimamente representou estar a cumprir integralmente o preceituado no n.º 7 do invocado art. 90.º do Código dos Contratos Públicos, pois que, nenhuma razão ou fundamento tinha para duvidar da autenticidade de tais declarações escritas, que, reafirme-se, não são da sua autoria.

18. Consequentemente, mesmo que se comprove que tais documentos não são verdadeiros, ou porque foram adulterados, ou porque não foram emitidos pelas entidades supostamente declarantes, o que se não concede, assim mesmo não ocorre fundamento para declarar a caducidade da adjudicação, já que esta só poderá ocorrer por facto imputável ao adjudicatário, o que, manifestamente não ocorre no caso em apreço.

19. Já que, a respondente contratou “seguro-caução” através da empresa gestora de seguros, empresa essa que se encontra devidamente certificada para exercer a intermediação de seguros.

20. Circunstância essa que, fundadamente lhe criou a convicção que havia ajustado efetivamente seguro-caução, válido e eficaz.

21. Ora, ocorrendo a “irregularidade” invocada no documento que atempadamente e oportunamente foi junto pela ora respondente, sempre seria de considerar, não a



invocada caducidade, mas sim a concessão de prazo adicional para suprir tal deficiência ou irregularidade, através da prestação de caução ou qualquer uma das modalidades previstas no diploma legal que se vem de citar, o que desde já a respondente requer, obrigando-se a proceder ao depósito em numerário no valor de tal caução, nos termos e nos prazos definidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 90.º do CCP.»;

- o) Não acolhendo as justificações apresentadas pela empresa adjudicatária “Francisco Coelho & Filhos, Ld.ª”, o Gabinete Jurídico da autarquia propôs superiormente, por meio da Informação interna n.º 087/2018, de 28.06.2018, a caducidade da primeira adjudicação e a promoção de uma nova adjudicação à empresa cuja proposta ficou ordenada em lugar subsequente, ou seja, a empresa “Acácio da Caridade Ferreira & Irmão, S.A.”, pelo preço contratual de €1.998.988,83;
- p) Tal proposta mereceu, no mesmo dia, despacho de concordância do Presidente da CMPV, tendo posteriormente sido aprovada pelo executivo municipal, em 03.07.2018, e ratificada pela Assembleia Municipal, em 12.07.2018;
- q) Notificada dessa decisão, em 04.07.2018, e não se conformando com ela, a empresa “Francisco Coelho & Filhos, Ld.ª” interpôs ação judicial (processo de contencioso pré-contratual) contra o MPV no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Proc.º 2019/18.6BEPRT);
- r) Por carta registada, de 31.07.2018, a empresa “Francisco Coelho & Filhos, Ld.ª” questionou o gerente da “OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Ld.ª”, nos seguintes termos:
- «Exmo. Senhor,*
- Como V. Exª sabe, no âmbito do concurso público acima identificado e na sequência da adjudicação de contrato de empreitada à sociedade signatária, foi solicitado junto de V. Exª a celebração de um seguro-caução, no montante total de €198.641,21 (5% do preço a título de caução e 5% do preço a título de reforço de caução), a favor do*



Município da Póvoa do Varzim, como garantia do integral cumprimento de todas as obrigações assumidas pela signatária no âmbito do procedimento em causa.

Para a celebração do contrato, entregámos a V. Ex^a cópia do Relatório Preliminar, do Relatório Final e do anexo III do Programa do Procedimento, onde constava a minuta a observar, para que V. Ex^a estivesse munida de todas as condições exigidas pelo Município para o seguro-caução.

Uma vez celebrado o contrato, V. Ex^a enviou-nos o documento que o titulava, para que pudéssemos juntá-lo ao procedimento no prazo estipulado.

Do mesmo modo, quando o Município da Póvoa do Varzim solicitou documentos adicionais relativos ao seguro-caução, pedimos junto de V. Ex^a tais documentos e entregámos cópia do documento do Município onde constava a descrição dos documentos exigidos.

Uma vez recebido o documento enviado por V. Ex^a denominado “Certificação de seguro de caução”, procedemos à junção do mesmo ao procedimento.

Acontece que, posteriormente, fomos confrontados com a informação do Município em que exarou não existir qualquer evidência de que o documento denominado “Certificação de Seguro de Caução” tivesse sido passado pela AIG e em que juntou uma carta enviada pelo Diretor da Sucursal em Portugal da AIG onde aquele informara que V. Ex^a não é representante daquela e não dispõe de quaisquer poderes para a representar; que a AIG não emitiu o documento intitulado “Certificação do Seguro de Caução”; que a AIG não contratou o seguro-caução em apreço e que não ficou vinculada perante o Município da Póvoa do Varzim.

Perante isto, de imediato, confrontámos V. Ex^a, reclamando explicações para esta situação, ao que V. Ex^a respondeu assegurando que o seguro-caução fora efetivamente celebrado, que era válido e que se encontrava em plena vigência, e que tal podia ser comprovado pelo número da operação que consta na “Certificação de seguro de caução”, assegurando ainda que o documento que titulava o seguro-caução e o documento denominado “Certificação do Seguro de Caução” eram verdadeiros e genuínos.



Acontece que, o Município da Póvoa do Varzim decidiu declarar a caducidade da adjudicação da empreitada à signatária, com fundamento no facto de não ter sido prestada a caução exigida dentro do prazo estipulado.

Ao longo de mais de 20 anos de relação comercial, de confiança e de amizade, sempre confiámos no trabalho e na atuação de V. Ex^a, pelo que não percebemos esta situação e exigimos uma explicação clara, verdadeira e definitiva da mesma.

Uma vez que a empreitada foi-nos retirada com base no facto de não termos prestado a caução exigida, atenta a irregularidade do seguro-caução, e tendo em conta que V. Ex^a afirma que o seguro-caução existe e se mantém em vigor, e que os respetivos documentos são verdadeiros, concedemos a V. Ex^a um prazo de cinco dias contados da receção da presente missiva para efetuar prova documental de que o seguro-caução foi efetivamente celebrado e se mantém válido e em vigor, e de que os documentos fornecidos por V. Ex^a são genuínos, sob pena de desencadearmos os procedimentos legais necessários ao apuramento das responsabilidades de V. Ex^a.

Mais solicitamos que dentro do mesmo prazo, nos seja enviada a certidão de registo comercial de V. Ex^a e o comprovativo de registo junto da ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões.»;

s) O contrato de empreitada celebrado com a “nova” adjudicatária – a empresa “Acácio da Caridade Ferreira & Irmão, S.A.” –, em 26.07.2018, foi submetido a fiscalização prévia deste Tribunal no passado dia 09.08.2018;

t) Em 12.09.2018, o processo de fiscalização prévia foi devolvido ao MPV, já na sua fase jurisdicional, para esclarecimento das seguintes dúvidas:

Questão 1:

“Fundamente por que razão decidiu adjudicar a empreitada ao concorrente classificado em 2.º lugar ao invés de dar oportunidade ao concorrente adjudicatário de substituir o seguro-caução por uma garantia alternativa (garantia bancária ou depósito em dinheiro)”.

Resposta do Município da Póvoa do Varzim:



A resposta do Município baseou-se nos mesmos fundamentos apresentados nas informações citadas nas alíneas m) e o) do §3, concluindo que a empresa “Francisco Coelhos & Filhos, Lda” não prestou, em tempo, a caução exigida.

Questão 2:

“Informe se já foi levantado o efeito suspensivo do Processo que corre termos no TAF do Porto”.

Resposta do Município da Póvoa do Varzim:

«Junto se anexa despacho proferido pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto em 24 do corrente, julgando procedente o requerido pelo Município da Póvoa do Varzim e, conseqüentemente, levantando o efeito suspensivo automático – decorrente da ação judicial intentada pela sociedade Francisco Coelho & Filhos, Lda, tendo por objeto a adjudicação da empreitada, que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto sob o processo n.º 2019/18.6BEPRT».

- 8.** Por relevarem para a apreciação do objeto do recurso, ao abrigo do disposto no artigo 662.º n.º 1 do CPC, aplicável “ex vi” do artigo 80.º da LOPTC, aditam-se à matéria de facto provada os seguintes factos:
- u) Na ação de contencioso pré-contratual instaurada pela concorrente Francisco Coelho Filhos, Lda. contra o Município da Póvoa do Varzim, que correu pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto sob o n.º 2019/18.6BEPRT, na qual teve intervenção como contrainteressada a sociedade Acácio da Caridade Ferreira & Irmãos, S.A, foi pedida: a anulação do ato que declarou a caducidade da adjudicação à ali Autora Francisco Coelho & Filhos; a anulação da adjudicação à contrainteressada Acácio da Caridade Ferreira & Irmãos, S.A e do contrato de empreitada celebrado com esta sociedade; a condenação do Município da Póvoa do Varzim a adjudicar o contrato à Autora, pelo valor da sua proposta e a conceder-lhe um prazo de 10 dias para prestar caução, “caso se demonstre que a caução não foi atempadamente prestada”;
 - v) A referida ação foi julgada totalmente improcedente por sentença proferida pelo TAF do Porto em 25-10-2018, confirmada por Acórdão do TCAN de 29-03-2019.



– DE DIREITO

- 9.** O acórdão recorrido considerou que a caducidade da adjudicação da empreitada em causa à empresa Francisco Coelho & Filhos, Lda. e a consequente adjudicação à empresa cuja proposta ficou posicionada em lugar subsequente, ou seja, a empresa Acácio da Caridade Ferreira & Irmão, S.A., carece de fundamento legal.
- 10.** Concluindo que ao declarar a caducidade da adjudicação o Município de Póvoa do Varzim agiu com excesso de zelo, desrespeitou o princípio da proporcionalidade, plasmado no artigo 7.º, n.ºs 1 e 2 do CPA, bem como os princípios da justiça e da razoabilidade previstos no artigo 8.º do mesmo Código.
- 11.** E que, para além de infundada e ilegal, a adjudicação à empresa classificada em segundo lugar implica um acréscimo de despesa de € 12.576,75 face à proposta classificada em primeiro lugar, facto suscetível de enquadramento no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, na medida em que se traduziu numa efetiva alteração do resultado financeiro.
- 12.** Posição de que discorda o recorrente e diverge da decisão proferida pelo TAF do Porto, confirmada pelo TCA Norte, que considerou que não enferma de qualquer ilegalidade e, consequentemente, julgou improcedente o pedido de anulação da decisão que declarou a caducidade da adjudicação.
- 13.** Como sublinhou o recente Acórdão desta 1.ª Secção, n.º 13/2019, de 28.05.2019 *«(...) a especificidade do atual regime legal do TdC, pela própria conformação normativa das suas competências (cfr. artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC), determinam que o controlo exercido por este Tribunal no âmbito da fiscalização prévia tenha de envolver, necessariamente, a formulação de juízos próprios da jurisdição administrativa (e em aplicação de legislação de direito administrativo) – o qual gera*

um aparente conflito de jurisdições, mas que, no entanto, se apresenta com um alcance bem mais comedido do que se poderia pretender.»

- 14.** Com efeito, a apreciação judicial da recusa de visto integra a jurisdição própria do TdC, e é independente e inconfundível com a jurisdição administrativa, como foi sublinhado, entre outros, nos Acórdãos do Plenário desta 1.ª Secção n.ºs 27/2018 e 28/2018, ambos de 30/10², que acompanhamos e de que se transcrevem, como mais relevantes sobre o tema, os seguintes trechos:

«[...] 29. A recusa de visto integra a atividade jurisdicional do TdC que enquanto “órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas”, nos termos do artigo 214.º, n.º 1, da Constituição, exerce uma função de controlo da atividade administrativa independente de outras reservas jurisdicionais, nomeadamente, a dos tribunais administrativos na apreciação dos conflitos entre entidades públicas e os particulares.

[...] 32. A apreciação judicial da recusa de visto integra, assim, a jurisdição própria do TdC, que é independente e inconfundível com a jurisdição administrativa que tem como objeto litígios, designadamente, os previstos no artigo 37.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) – conflitos entre particulares e entidades públicas sobre responsabilidade pré-contratual, vícios de contratos públicos e/ou respetivo cumprimento integram a reserva jurisdicional, atentos, nomeadamente os n. os 1 e 2 do artigo 202.º da Constituição os quais são, em regra, dirimidos nos tribunais administrativos. [...]

34. A ineficácia do contrato derivada de recusa do visto e da força imperativa das normas do artigo 45.º da LOPTC integra o campo da reserva jurisdicional do TdC, que sendo independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos pode gerar factos materiais com reflexos nesta jurisdição, por exemplo quanto aos eventuais danos negativos do cocontratante gerados por eventual culpa in contrahendo da entidade pública de contrato ineficaz por força da recusa de visto decidida pelo TdC — cf. acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 18-6-2003 (proc. n.º 041969), de 23-9-2003 (proc. n.º 01527/02), de 17-3-2004 (proc. n.º

² Ambos acessíveis in www.tcontas.pt



0962/03), de 31-10-2006 (proc. n.º 0875/05) de 12-2-2009 (proc. n.º 01068/08), e de 18-10-2011 (processo n.º 0322/11) (-).

35. A recusa de visto constitui uma decisão judicial que integra a previsão de preceitos legais (v.g. n. os 2, 3 e 4 do artigo 45.º da LOPTC), com repercussões jurídicas suscetíveis de preencher categorias designadas na teoria do processo como efeito normativo, pressuposto factual, efeito lateral de direito material ou eficácia jurídico-material indireta ou reflexa de decisões judiciais.

[...] 37. A LOPTC não prevê qualquer declaração de nulidade mas apenas que o sancionamento como nulidade de uma violação de lei ocorrida em ato procedimental ou no próprio contrato constitui um fundamento de recusa de visto, legitimando, apenas, que o tribunal recuse o visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC), tal como o pode fazer no caso de uma ilegalidade sancionável com anulabilidade e que se julgue suscetível de alterar o resultado financeiro (artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC).

38. Recusa de visto que compreende um regime específico sobre a consequente ineficácia do ato ou contrato objeto da respetiva decisão jurisdicional, com um conjunto diversificado de previsões e estatuições no artigo 45.º da LOPTC, não se podendo ainda olvidar o efeito suspensivo do recurso da decisão até ao trânsito em julgado do acórdão final (cf. artigo 97.º, n.º 4, da LOPTC). »

- 15.** Como fundamentam e concluem os citados Acórdãos o poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, ou de ilegalidade sancionável com anulabilidade e que se julgue suscetível de alterar o resultado financeiro, com direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto.
- 16.** Resulta do acima exposto que a decisão proferida pelo TF do Porto, confirmada pelo TCA, não obsta a que este Tribunal de Contas, no âmbito da sua competência própria, possa manter a decisão de recusa de visto, caso conclua pela verificação de ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro.



17. Importa, portanto, aferir, de acordo com a factualidade provada, se a decisão que declarou a caducidade da adjudicação à empresa Francisco Coelho & Filhos, Lda e a consequente adjudicação à empresa Acácio da Caridade Ferreira e Irmão, S.A., cuja proposta ficou posicionada em lugar subsequente, enferma de ilegalidade suscetível de constituir fundamento de recusa de visto.

18. Sendo certo que a manter-se a recusa de visto, o contrato submetido, não obstante a improcedência da ação instaurada no Tribunal Administrativo, não poderá ser executado, dado que a recusa de visto implica a ineficácia jurídica do contrato (cf. n.º 2 do artigo 45.º da LOPTC).

Vejamos, pois, se há fundamento para manter a recusa de visto,

19. Concordamos com o acórdão recorrido na parte em que sustenta que resulta do disposto nos artigos 86.º n.º 1 e 91.º n.º 1, ambos do CCP, que a não apresentação tempestiva dos documentos de habilitação ou a não prestação de caução só constituem causas de caducidade da adjudicação se forem imputáveis ao adjudicatário.

20. Porém, com o devido respeito pela posição ali defendida, entendemos que conforme fundamentou e concluiu o TAF do Porto a adjudicatária Francisco Coelho & Filhos, Lda não demonstrou, como lhe competia, ter prestado tempestivamente caução válida

21. E que, em face da factualidade apurada, a falta de prestação atempada de caução lhe é imputável, por não ter cumprido os deveres de cuidado, prudência e diligência a que estava adstrita.

Vejamos,



22. Estipula o artigo 88.º n.º 1 do CCP que, *“No caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração.”* Sendo que o valor da caução deverá corresponder no máximo a 5% do preço contratual [cfr. Artigo 89.º n.º 1 do CCP].

23. Por sua vez o 90.º do mesmo código dispõe o seguinte:

«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.

2 - A caução é prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução.

(...)

7 - Tratando-se de seguro-caução, o programa do procedimento pode exigir a apresentação de apólice pela qual uma entidade legalmente autorizada a realizar este seguro assuma, até ao limite do valor da caução, o encargo de satisfazer de imediato quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que o seguro respeita.

8 - Das condições da garantia bancária ou da apólice de seguro-caução não pode, em caso algum, resultar uma diminuição das garantias da entidade adjudicante, nos moldes em que são asseguradas pelas outras formas admitidas de prestação da caução.

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

24. E nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do mesmo código *“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.”*, devendo o órgão competente para a decisão de contratar adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.”



- 25.** No presente caso, na sequência da adjudicação da empreitada foram solicitados à adjudicatária Francisco Coelho & Filhos, Lda. os documentos de habilitação, assim como, a prestação de caução no montante de 5% do valor total do preço contratual.
- 26.** Apresentou, para efeitos de caução, um documento designada de *“Seguro de Caução”*, do qual consta que a Companhia de Seguros AIG Europe Limited, representada em Portugal pela OPS – Organização Portuguesa de Seguros, Lda., *“(…) presta a favor do Município da Póvoa de Varzim (...), garantia autónoma, à primeira solicitação, até ao valor de € 198.641,21 (cento e noventa e oito mil e seiscentos e quarenta um euros e vinte e um cêntimos), correspondente a 5% do depósito definitivo e 5% de vigésimos, destinados a garantir o bom e integral cumprimento das obrigações que a Francisco Coelho & Filhos, Lda., (...) assumirá no contrato que com ela o Município da Póvoa do Varzim vai outorgar e que tem por objeto a Empreitada de “Ampliação da Rede de Águas Residuais Domésticas na Freguesia de Rates – 2.ª Fase (...).”*
- 27.** Em face das reservas que o documento levantou junto da entidade adjudicante, foi solicitado à adjudicatária Francisco Coelho & Filhos, Lda. que remetesse àquela documento emitido pela AIG assegurando que esta companhia de seguros ficava vinculada nos exatos termos do supra citado documento - denominado *“Seguro de Caução”* – emitido pela OPS, e apresentasse documento que comprovasse que a OPS *“estava autorizada a realizar este seguro”*.
- 28.** Em resposta a adjudicatária Francisco Coelho & Filhos Lda. apresentou um documento, denominado *“Certificação de Seguro de Caução”*, nos termos do qual a AIGEL certificaria a operação titulada pelo documento designado *“Seguro Caução”*.
- 29.** Porém, após pedido de informação do Município da Póvoa do Varzim à AIG, esta informou que a OPS não era sua representante em Portugal, nem dispunha de quaisquer poderes para, em circunstância alguma e para qualquer efeito, a



representar. Referiu ainda aquela companhia de seguros que não emitiu o documento denominado de “*Certificação do Seguro de Caução*”, e que não se considerava, fosse por que meio fosse vinculada perante o Município da Póvoa de Varzim pelo documento designado de “*Seguro de Caução*”, não contratado nem submetido aos seus serviços.

30. Ou seja, a AIG, seguradora que a adjudicatária declarou estar vinculada por meio de seguro caução à entidade adjudicante, nos termos exigidos pelo procedimento do concurso e pelo artigo 88 n.º 1 do CCP, afirmou perentoriamente que não garantiria o cumprimento das obrigações da empresa Francisco Coelho & Filhos, Lda., na qualidade de adjudicatária, que adviessem do contrato firmado com o Município da Póvoa de Varzim.

31. Resulta dos artigos, 2.º, 30º e 31º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (aprovado pelo DL nº 72/08, de 16/04) que a celebração do contrato de seguro através de mediador tem regimes e consequências jurídicas diferentes consoante o mediador tenha ou não poderes específicos ou poderes de representação para o efeito.

32. O citado artigo 30.º estabelece o seguinte:

“1- O contrato de seguro que o mediador de seguros, agindo em nome do segurador, celebre sem poderes específicos para o efeito é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado, sem prejuízo do disposto no n.º 3”.

2- Considera-se o contrato de seguro ratificado se o segurador, logo que tenha conhecimento da sua celebração e do conteúdo do mesmo, não manifestar ao tomador do seguro de boa fé, no prazo de cinco dias a contar daquele conhecimento, a respetiva oposição.

3. O contrato de seguro que o mediador de seguros, agindo em nome do segurador, celebre sem poderes específicos para o efeito é eficaz em relação a este se tiverem existido razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do tomador do seguro de boa fé



na legitimidade do mediador de seguros, desde que o segurador tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do tomador do seguro.”

- 33.** No presente caso, não foi demonstrado que a seguradora *AIG* tenha conferido poderes de representação à mediadora *OPS*.
- 34.** Os factos provados não permitem considerar verificada a situação prevista no citado n.º 2, do artigo 30.º. Ou seja, que a seguradora tenha ratificado o suposto contrato de seguro a que se refere o documento junto pela adjudicatária. Pelo contrário, quando foi confrontada com o documento emitido pela *OPS* a *AIG* veio informar que esta não era sua representante, e que o documento junto não tinha sido por ela emitido, nem se considerava vinculada perante o Município da Póvoa de Varzim.
- 35.** E, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, para que a representação aparente se verifique é necessário que existam razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do tomador do seguro de boa fé na legitimidade do mediador, desde que o segurador tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do tomador do seguro.
- 36.** Não se põe em causa que a adjudicatária, antes de confrontada com a informação e posição assumida pela seguradora *AIG*, terá confiado na legitimidade da mediadora.
- 37.** Porém, para que a representação aparente opere é necessário, nos termos das normas acima transcrita, que o segurador tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do tomador do seguro.
- 38.** E da matéria de facto provada não resulta que a seguradora tenha adotado qualquer comportamento suscetível de fazer criar na tomadora do seguro essa confiança, ou seja que tenha contribuído para fundar a confiança desta.



- 39.** Assim, acompanhamos a conclusão da sentença proferida pelo TAF do Porto, confirmada pelo TCAN, no sentido de que não foi demonstrada a prestação de caução válida, nos termos exigidos pelo programa do procedimento e pelo CCP, pois que tendo a prestação de caução a função de garantir a celebração do contrato, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que a adjudicatária assumir nos termos do contrato, não estando a AIG vinculada nos termos do documento apresentado pela adjudicatária – denominado “*Seguro Caução*” – este documento não assegura a garantia visada pela lei com a exigência da prestação de caução pelo adjudicatário. Caso contrário, a entidade adjudicante encontrar-se-ia na contingência de celebrar um contrato de empreitada de obras públicas no valor de cerca de dois milhões de euros – com recurso a financiamento comunitário – sem que houvesse garantia prestada, no sentido de garantir o bom cumprimento pela adjudicatária, das obrigações emergentes do contrato.
- 40.** Como salienta a sentença proferida pelo TAF do Porto, a ali Autora Francisco Coelho & Filhos, Lda. “(...) afirma três vezes no seu articulado inicial que continua sem saber se o seguro foi ou não celebrado ou se é ou não válido [facto que já havia alegado em sede de audiência prévia]. Ora, se a Autora que era interessada na celebração do contrato não tem a certeza se o seguro foi celebrado ou se é sequer válido, não poderá esperar, naturalmente, que a Entidade Demandada (...) desatenda os esclarecimentos prestados pela AIG, considere idóneo o documento apresentado e outorgue, sem qualquer tipo de garantia, o contrato em questão.”
- 41.** Mais referindo que “A declaração de caducidade da adjudicação pressupõe um juízo ponderativo por parte da entidade adjudicante e exige, à semelhança do previsto no artigo 86º do CCP, a audiência prévia do adjudicatário [o que sucedeu], nos termos gerais previstos nos artigos 121.º e seguintes do CPA.
- 42.** Ou seja, a entidade adjudicante 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.

- 43.** *Em todo o caso, por facto não imputável ao adjudicatário deverá entender-se motivo justificável, o que convoca a estes casos o regime de justo impedimento, por se tratar de circunstâncias que não estão no domínio do adjudicatário, ou seja, que não são por este controláveis, logo não lhe poderia ser exigível outro comportamento ou diligência.*
- 44.** *Ainda assim, como se disse, tal juízo é da competência da entidade adjudicante ao abrigo das suas competências no procedimento concursal, pelo que ao Tribunal cabe sindicar a observância dos princípios gerais e dos princípios próprios dos procedimentos de contratação pública, assim como, da possível existência de erro grosseiro na decisão tomada.”*
- 45.** *Situação que, em face da factualidade apurada, entendemos que não se verifica no presente caso. Como fundamenta a citada sentença do TAF do Porto “ Por um lado, porque como se referiu a menos que se tratasse de um motivo justificável, não controlável pelo adjudicatário, poderia ser-lhe exigível outro comportamento ou, no limite, outro tipo de diligência, desde logo, porque a entidade adjudicante solicitou elementos adicionais à Autora mesmo antes de ser proposta a caducidade da adjudicação [...]. Por outro lado, não se afigura que a Entidade Demandada tenha violado princípios orientadores da atividade administrativa ou próprios dos procedimentos de contratação pública relevantes para esta situação em concreto – desde logo o princípio da participação e da informação. Antes pelo contrário. A Entidade Demandada, antes de tomar qualquer decisão que culminaria com a não celebração do contrato com a Autora, cuidou de solicitar elementos adicionais à Autora, assim como, de pedir esclarecimentos à AIG. E só depois de se encontrar munida dos elementos que reputou necessários, tomou a decisão de declarar a caducidade da adjudicação; pelo que, a decisão da Entidade Demandada, nesta matéria, não merece censura.”*



- 46.** Sendo certo que, o Município da Póvoa do Varzim é totalmente alheio às relações que a Autora mantém com a OPS, assim como, às condições e circunstâncias envolvidas na contratação do seguro caução com aquela mediadora. Razão pela qual, não poderá, naturalmente, ficar á mercê de tais contingências, olvidar à validade da documentação apresentada, e sujeitar a celebração do contrato às vicissitudes que se terão verificado entre a OPS e a adjudicatária Francisco Coelho & Filhos, Lda.
- 47.** Se a OPS agiu de forma deliberada, se enganou a adjudicatária Francisco Coelho & Filhos, Lda. ou se não a esclareceu, tais factos apenas relevam no âmbito das relações comerciais que se estabeleceram entre ela e a OPS. Confrontada com as dúvidas colocadas pela adjudicante e com a posição e esclarecimentos prestados pela seguradora AIG cabia-lhe, a fim de evitar a caducidade da adjudicação, diligenciar pela prestação de caução válida.
- 48.** Acompanhamos também a sentença do TAF do Porto na parte em que defende que não tinha de ser concedido prazo adicional para a adjudicatária prestar caução, mediante depósito em numerário.
- 49.** A caução mediante depósito em numerário constitui uma das modalidades de caução previstas no Artigo 90.º n.º 2 do CPP. Porém, à semelhança da caução mediante seguro-caução, deverá ser prestado no prazo de 10 dias a contar da notificação da decisão de adjudicação [*cf.* artigo 90.º n.º 1 do CCP e artigo 19.º do Programa do Procedimento], prazo que se havia esgotado aquando da audiência prévia.
- 50.** O regime constante do Artigo 86.º do CCP é aplicável aos documentos de habilitação. Não sendo a caução um documento de habilitação, a prorrogativa estipulada no n.º 3 do CPP não lhe é aplicável.



- 51.** Porém, ainda que o fosse, a n.º 3 do Artigo 86.º do referido diploma legal, é aplicável quando se verifique uma das situações do n.º 1, ou seja, a não apresentação dos documentos: *“a) No prazo fixado no programa do procedimento; b) No prazo fixado pelo órgão competente para a decisão de contratar, no caso previsto no n.º 8 do artigo 81.º; c) Redigidos em língua portuguesa, ou acompanhados de tradução devidamente legalizada no caso de estarem, pela sua natureza ou origem, redigidos numa outra língua.”* Ora, nenhuma dessas situações se verifica quanto ao documento apresentado pela adjudicatária Francisco Coelho & Filhos, Lda.
- 52.** Não sendo a caução prestada nos termos das disposições legais aplicáveis – de forma válida e em tempo –, e na ausência de motivo justificável para a sua não prestação, a consequência é a caducidade da adjudicação.
- 53.** Assim, e em síntese, tendo a adjudicatária Francisco Coelho & Filhos, Lda. incumprido a obrigação de prestar e comprovar a prestação de caução válida no prazo fixado no n.º 1 do artigo 90.º do CCP, a decisão que declarou a caducidade da adjudicação não enferma de ilegalidade suscetível de fundamentar a recusa de visto ao contrato celebrado com a empresa cuja proposta foi ordenada em lugar subsequente.

IV– DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1.ª Secção em conceder provimento ao recurso, concedendo o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 17.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).



Lisboa, 10 de setembro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso, Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(José Mouraz Lopes)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
