

# Contratação pública e indemnização dos lucros cessantes

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul  
(2.º Juízo) de 24.11.2016, P. 13 745/16

## **Acto de adjudicação. Invalidade. Interesse contratual positivo.**

*I – Constatada a invalidade de ato de adjudicação de concurso respeitante a empreitada de obra pública, por a admissão das propostas graduadas nas três primeiras posições padecer de vício de violação de lei, o concorrente que apresentou proposta graduada em quarto lugar, que seria a escolhida se o ato de adjudicação não padecesse da referida invalidade, por estar numa “posição de resultado garantido”, deve ser indemnizado pelos lucros que deixou de auferir com a execução da empreitada, devendo assim ser indemnizado pelo interesse contratual positivo.*

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul:

### **I – Relatório**

P. – Sociedade (...), S.A., intentou ação de contencioso pré-contratual contra o Município de Estremoz, tendo formulado os seguintes pedidos:

a) declaração de nulidade ou anulação do acto de adjudicação do procedimento por concurso público para a empreitada de “Remodelação da Estação de Tratamento de Águas Residuais (ETAR) de Estremoz;

b) declaração de nulidade ou anulação do contrato de empreitada de obras públicas celebrado entre o R. e a contrainteressada M. & I., Lda.;

c) verificando-se o dever de exclusão das contrainteressadas do procedimento concursal, a errada avaliação das propostas e, em qualquer caso, reconhecendo-se o direito da Autora, por violação das

disposições legais referidas, a ficar graduada em 1.º lugar para efeitos de adjudicação do concurso, e, consequentemente,

d) condenando-se o Réu a reconhecer esse direito e a adjudicar o concurso à ora Autora, praticando ainda os demais atos necessários ao restabelecimento desse direito;

e) subsidiariamente, caso se venha a tornar objetivamente impossível a adjudicação da empreitada à Autora na pendência destes autos, peticionou o reconhecimento do seu direito à adjudicação, bem como a condenação do Réu no pagamento de uma indemnização que quantificou no montante de 62 940,32 €.

Por sentença proferida pelo TAF de Beja, em 26 de Julho de 2016, foi julgado procedente o pedido de anulação da deliberação de adjudicação, assim como o subsequente contrato de empreitada, por verificado o vício de violação de lei; verificada a situação de impossibilidade absoluta que obsta à satisfação da pretensão de adjudicação à Autora e improcedente o pedido indemnizatório.

Discordando da improcedência da pretensão indemnizatória, interpôs recurso, o qual concluiu da seguinte forma:

*Omissis*

Por seu turno, o recorrido Município formulou as seguintes conclusões:

*Omissis*

## **II – Na decisão recorrida foram dados como as- sentes os seguintes factos:**

*Omissis*

## Anotação

**I. Enquadramento: a importância e o mérito do acórdão anotado**

1. No que respeita ao âmbito da indemnização a que tem direito o concorrente ilicitamente preterido no contexto de um procedimento adjudicatório público, a jurisprudência dos nossos tribunais administrativos tem, maioritariamente, seguido uma orientação marcada por dois dados relevantes: em primeiro lugar, tem aproximado essas situações ao regime da culpa in contrahendo; em segundo lugar, em linha com a orientação mais tradicional a respeito desse mesmo instituto, tem sustentando uma limitação apriorística do dano indemnizável ao interesse contratual negativo <sup>(1)</sup>.

Não obstante a mais autorizada doutrina administrativa reconhecer hoje, inequivocamente, o direito à indemnização do interesse contratual positivo – desde que se demonstre que, não fora a preterição ilícita do concorrente lesado, este seria adjudicatário e cocontratante, auferindo as correspondentes vantagens patrimoniais <sup>(2)</sup> –, essa orientação tem-se mantido, pelo menos tendencialmente <sup>(3)</sup>, até à atualidade.

Exemplos disso mesmo são, nomeadamente, os acórdãos do TCA Sul de 28/6/2012 (proc. 6934/10) e do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 20/6/2013 (proc. 1360/12), onde expressamente se afirma uma limitação da indemnização ao interesse contratual negativo, no domínio da responsabilidade pré-contratual. Em sentido próximo – ou de resultado materialmente equivalente –, pode também referir-se, como exemplo ainda mais recente, o aresto tirado pela Secção de Contencioso Administrativo do STA em 14/1/2016, no proc. 1403/12, onde, tanto quanto é possível apreender da respetiva fundamentação de facto, estava em causa a pretensão indem-

nizatória deduzida por um concorrente cuja proposta havia sido graduada em segundo lugar, tendo sido judicialmente anulada a decisão de adjudicação ao concorrente vencedor e que viera a executar plenamente o contrato indevidamente celebrado.

Neste último caso, a autora, talvez tentando evitar a controvérsia em torno do âmbito da indemnização na culpa in contrahendo, qualificara a responsabilidade em causa como contratual, qualificação que, muito justamente, o STA recusa, reconduzindo o caso ao plano da culpa in contrahendo. O STA, todavia, acaba por negar provimento ao recurso, desde logo por entender que a circunstância de a autora ter fundado o pedido de indemnização dos lucros cessantes em responsabilidade contratual determina essa improcedência, o que, salvo o respeito devido, nos parece não levar em linha de conta que a qualificação jurídica não integra, em princípio, a causa de pedir e que o julgador não está vinculado pela qualificação jurídica efetuada pelas partes <sup>(4)</sup>. Na prática, o STA considerou, assim, logicamente prejudicado um necessário juízo de prognose póstuma sobre a probabilidade de adjudicação e celebração do contrato pela Autora, que sempre constituiria pressuposto do direito a indemnização pelos lucros cessantes no quadro da responsabilidade pré-contratual, sendo que as circunstâncias de a autora ter ficado graduada em segundo lugar e de a adjudicação ter sido considerada ilegal poderiam constituir fortes indícios no sentido de um desfecho do procedimento adjudicatório favorável à autora <sup>(5)</sup>.

2. Neste contexto, o acórdão do TCA Sul aqui em apreço merece, pois, um destaque reforçado, por aquilo que, modestamente, nos parece ser uma certa, bem fundamentada e categórica afirmação do direito do con-

<sup>(1)</sup> Uma resenha dessa jurisprudência pode encontrar-se, nomeadamente, na nossa dissertação *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance* (em especial, na contratação pública), Coimbra, 2011, pp. 29 e segs., e no nosso escrito “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97, pp. 11 e segs.

<sup>(2)</sup> Assim, inter alia, MARIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 4.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 530-532.

<sup>(3)</sup> Da mencionada corrente jurisprudencial, apenas destoava, até à data e tanto quanto nos podemos aperceber, o aresto tirado pelo Tribunal Central Administrativo (TCA) Norte em 4/11/2011, no proc. 213/06.

<sup>(4)</sup> Como assinala LEBRE DE FREITAS, a causa de pedir corresponde ao facto ou conjunto de factos constitutivos da situação jurídica que o autor pretende fazer valer, mas “externa ao conceito de causa de pedir é, de qualquer modo, a qualificação jurídica desse facto” – in *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 71-72. Sublinhando também que “a qualificação jurídica que o autor faz dos factos jurídicos concretos alegados como fundamento do seu pedido não é, por princípio, determinante para a configuração da causa de pedir da ação”, veja-se o aresto tirado pela Relação do Porto em 7/4/2016, publicado na *Colecção de Jurisprudência*, tomo II/2016, pp. 194 segs.

<sup>(5)</sup> Importa ressaltar, todavia, que, dos fundamentos deste acórdão, não resultam claros a natureza dos vícios que determinaram a anulação dos atos pré-contratuais e o correspondente grau de liberdade da entidade adjudicante na conformação da hipotética reinstrução procedimental e na renovação desses atos.