

Processo de fiscalização prévia n.º 2028/2022

1.ª Secção do Tribunal de Contas

DESPACHO

I. Questão prejudicial

O Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P., veio submeter a fiscalização prévia deste Tribunal de Contas (TdC) um contrato celebrado de prestação de serviços de gestão de projetos de desenvolvimento aplicacional, pelo valor de € 1.680.000,00, com prazo de execução até 31.12.2025.

Este mesmo contrato foi precedido de um concurso público de âmbito internacional em que o critério de adjudicação foi o da proposta economicamente mais vantajosa, determinada pela modalidade multifator.

No decurso deste concurso foram excluídas pelo respetivo júri cinco propostas por diversos motivos, sendo que se suscita a questão da possível ilegalidade da exclusão das propostas dos concorrentes GLINTT - Global Intelligent Technologies, S.A., NTT Data Portugal, S.A. e Winning Scientific Management, isto porque estas apresentaram propostas num valor inferior à proposta da aqui adjudicatária KPMG Advisory - Consultores de Gestão, S. A. e o motivo que as afastou - falta de assinatura eletrónica qualificada de determinada documentação da proposta - poderia ter suscitado o recurso ao mecanismo de suprimento de irregularidades das propostas, face ao disposto no n.º 3 do Art.º 72.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), com o suprimento dessa formalidade preterida. Coloca-se também a questão da suscetibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato na sequência da exclusão das propostas dos concorrentes mencionados no ponto anterior.

Cumpre apreciar.

Realizada a apreciação da documentação que instrui este processo de fiscalização prévia (e que se pode confirmar também nos fluxos de plataforma eletrónica também disponibilizados) apura-se que se demonstra correto o posicionamento do júri do concurso.

Isto é, as proponentes acima identificadas, com as suas propostas excluídas por aquele fundamento apresentaram deficiências ou irregularidades assinaláveis na assinatura digital dos documentos, isto é, porque o documento solicitado na alínea d) do Art.º 15.º do Programa de Procedimento, Anexo IX, não se encontrava individualmente assinado por quem de direito com aposição da respetiva assinatura eletrónica qualificada nas propostas por aquelas apresentadas.

Assim, por exemplo, no que respeita à reclamante NTT Data Portugal, S.A., o conteúdo de Anexos que integravam a proposta (v.g. Anexos VIII e IX) foi preenchido num só ficheiro PDF e a seguir, no mesmo ficheiro PDF, foi anexada uma série de documentos comprovativos. Foi assinada a 1.º pág. desse ficheiro, que corresponde à 1.º página do anexo VII. Não foi assinado mais nada. Logo, o Anexo IX – que contém os atributos da proposta um atributo da proposta – não se encontra autonomamente assinado. Assim, não se encontra apenas em causa a assinatura dos documentos comprovativos, mas do próprio anexo IX e do seu conteúdo.

Por seu turno, pela GLINTT - Global Intelligent Technologies, S.A., foi aposta uma assinatura só numa 2.ª página do anexo IX e não ocorreu junção de documentos a esse anexo. Não assinou, do mesmo modo, os documentos comprovativos, embora se saiba que eles não são atributos da proposta, mas meros documentos certificativos, pois só visavam provar o que já se tinha feito constar no anexo IX que, esse sim, não se encontra devidamente certificado com as assinaturas bastantes.

No que respeita à Winning Scientific Management idênticas falhas de assinatura foram detetadas.

O Programa de Procedimento do concurso era claro no seu Art.º 15.º, n.ºs 1, alínea d), e 3, ao estipular que todos os documentos que compunham a proposta tinham de ser assinados. Estão em causa, nesta situação, os documentos que contêm os atributos da proposta e que vinculam apenas com a devida assinatura. Nos termos das peças concursais esses atributos teriam de ser comprovados através da entrega dos supra mencionados documentos, obrigatoriamente assinados, configurada essa formalidade pelas mesmas normas concursais como obrigatória, essencial. São elementos essenciais à própria construção da proposta e para apreciação da sua valia técnica, que se confundem com a mesma. Sem a comprovação exigida não fica atestado o preenchimento das condições técnicas impostas como mínimas pela entidade contratante, ou as que são submetidas à concorrência nos dos fatores indicados.

Pelo que se terá de concluir que estamos diante de formalidades essenciais, que não cabem no âmbito do Art.º 72.º, n.º 3, do CCP e que também não se podem degradar em não essenciais. Não fazendo sentido, por isso, como fez o acórdão recorrido, invocar o disposto no Art.º 72.º, n.º 3, do CCP, que remete para a regime de regularização e/ou de suprimento de meras irregularidades de forma ou de modo de apresentação da proposta, que constituam formalidades não essenciais.

Refira-se, do mesmo modo, que ao presente procedimento não se aplica a versão do CCP revista pelo Decreto-lei n.º 78/2022, de 7 de novembro, que deu nova redação ao n.º 3, alínea c), do Art.º 72.º acima citado. Nova redação a qual, não obstante prescindir do recurso à noção de “preterição de formalidades não essenciais”, não deixa de prever na sua previsão a advertência a que o suprimento das irregularidades formais das candidaturas e propostas não pode ser suscetível “de modificar o respetivo conteúdo” e terá de respeitar “os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência”.

O que se insere na linha da necessidade de distinguir, nas constelações de casos jurisprudenciais, aquele tipo de formalidades e documentos que não obstante a sua aparente conformação como meros comprovativos documentais ou até com a sua assinatura, não deixam de se constituir como atributos integrantes das propostas e candidaturas, estando excluídas da possibilidade deste ciclo subsequente de suprimento de irregularidades meramente formais a convite vinculado do júri do respetivo concurso.

Tal como já salientado no acórdão deste TdC n.º 4/2022, 1.ª/PL, de 25/1/2022, é necessário adotar uma metodologia direcionada para o caso concreto e para os benefícios que podem resultar de uma aplicação jurisprudencial casuística da teoria distintiva entre as formalidades essenciais e não essenciais, a qual se desenvolveu, como se sabe, em torno do princípio do aproveitamento do ato administrativo, como o mecanismo consagrado no Art.º 163.º, n.º 5, alínea b), do CPA e que se tem vindo a assumir mais criticamente como uma válvula de escape para situações que afrontem claramente o princípio da proporcionalidade e não como uma regra geral (cf. neste sentido, consulte-se a doutrina e a jurisprudência citada, a este propósito, pelo mesmo acórdão n.º 4/2022, nos seus §§ 27 a 39).

A restante jurisprudência deste TdC tem vindo a proceder a esta análise casuística, apreciando as consequências da existência de falhas formais nas candidaturas e propostas dos concorrentes, como decorrência da necessidade dessa concretude. Na verdade, como se refere no mesmo acórdão n.º 4/2022 deste TdC, “a aplicação da teoria ao caso concreto não pode ser feita em termos genéricos, ou com base em considerações abstratas, totalmente dogmáticas, mas tem de ser acompanhada de uma análise minuciosa da casuística, das específicas normas que impõem a formalidade, dos resultados pretendidos e dos resultados efetivamente alcançados ou que ficaram por alcançar” - §§ 71.

Refira-se, contudo, que parte da jurisprudência deste TdC tem estendido o aproveitamento das propostas que será necessário ponderar de forma mais limitativa, na consideração do concreto das situações (e nomeadamente do estipulado nas peças concursais respetivas) e do interesse público que presidiu à imposição das formalidades em causa. Mas as situações são diferenciadas (na casuística) e nem sempre a desformalização ou a flexibilização das soluções se poderá entender como desproporcional.

Assim, no Ac. deste TdC n.º 21/2009, 1.ª S/PL, de 2/6/2009, discutiu-se os efeitos da omissão de um dado item e respetivo preço no mapa de quantidades, apresentado no âmbito de uma empreitada de obras públicas que se regia pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 02/02, designadamente em que se discutiu os efeitos da exigência constante dos Art.ºs 73.º, n.ºs 1, 2, al. b) e 94.º, n.º 2, al. b), daquele diploma legal, considerou que tal omissão devia ser considerada ou degradada em não essencial, face à manifesta insignificância de tal elemento, atendendo a que representava um valor de 0,22% no valor total da empreitada, que se devia considerar já englobado no preço total apresentado pelo concorrente.

Depois, foi também o caso do Ac. deste TdC n.º 29/2019, de 23/07/2019, 1.ª S/SS, no qual se discutiu a falta de tradução de alguma documentação relativa à fase da qualificação – não de documentos exigidos para a aferição dos termos e condições da proposta - considerando-se que “não havia existindo qualquer elemento que permitisse inferir que aquele candidato se escusaria a juntar a tradução de toda a documentação na fase subsequente, única em que essa exigência se afigura teleologicamente fundada”, não poderia a sua proposta ser imediatamente excluída ou não poderia ser excluída em fase de relatório liminar. Atendendo a que a exigência de tradução era relativa a documentos que só relevavam para a qualificação do candidato, não para apreciar a respetiva proposta ou relativos a esta, o TdC julgou que a posterior junção dessa tradução não bulia com os princípios concursais. Tratava-se, ainda, de um documento que a própria lei permitia que fosse posteriormente junto, julgando este TdC que o prazo de 5 dias que foi dado pela Entidade Adjudicante ao concorrente para sanar a irregularidade era manifestamente curto e, por isso, censurou a conduta daquela Entidade.

No Ac. deste Tdc n.º 01/2020, de 07/01/2020, 1.ª S/SS, discutiu-se, igualmente, a irregularidade decorrente da falta de demonstração dos poderes de representação de quem tinha assinado a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, que instruíra a proposta. Neste caso, os documentos da proposta tinham sido apresentados individualmente assinados, sendo que a irregularidade se circunscrevia à prova dos poderes do representante do concorrente, que assinara a proposta. Nesta mesma medida, o TdC julgou suprável a irregularidade da não junção à candidatura da prova dos poderes do representante do concorrente.

Por seu turno, no Ac. deste Tdc n.º 17/2020, de 25/03/2020, 1.ª S/SS, discutiu-se a apresentação de documentos individualmente assinados por dois gerentes de uma sociedade, ainda que alguns estivessem assinados de forma autografa. Mais se discutia, a submissão na plataforma informática dos documentos assinados individualmente – informaticamente e manualmente - apenas com a assinatura de um gerente, ao invés de dois. Claramente, ocorria aqui uma situação em que a formalidade essencial se poderia degradar, pois o fim visado foi conseguido com as assinaturas apostas individualmente nos documentos, acrescidas da assinatura de um só gerente aquando da submissão da proposta na plataforma informática.

Já no Ac. deste Tdc n.º 45/2020, de 2/11/2020, 1.ª S/SS, discutiu-se a falta de apresentação, num concurso por lotes, de um segundo exemplar de um documento que não continha termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato, mas relativo a uma declaração de que o concorrente assumia “o compromisso de cumprir e fazer cumprir o Código de Conduta para Fornecedores”. O concorrente tinha apresentado proposta a dois lotes, mas só juntou um só exemplar desse documento, quando devia ter entregue um segundo exemplar idêntico àquele primeiro. Basta apreciar a casuística deste julgamento, para se concluir que, neste acórdão estava a discutir-se, manifestamente, uma irregularidade sanável e uma formalidade não essencial.

Situação paralela ocorreu no Ac. deste TdC n.º 10/2021, de 20/4/2021, 1.ª S/SS, em que se discutiu a obrigação de recurso pela entidade adjudicante ao Art.º 72.º, n.º 3, do CCP, para efeitos de suprimento da não apresentação de tradução para a língua portuguesa dos currículos dos técnicos da empresa concorrente, que se destinavam a comprovar requisitos de capacidade técnica e que estavam enquadrados nas peças contratuais enquanto requisitos relativos à qualificação dos candidatos.

No Ac. n.º 16/2021, de 29/6/2021, 1.ª S/ SS, este TdC pronunciou-se sobre a ausência de um pedido de esclarecimentos sobre a proposta, a formular ao abrigo do Art.º 72.º do CCP, relativamente a uma aparente contradição entre o teor dos documentos da proposta, concernente ao prazo de validade da proposta. No caso então em análise, não ocorria a uma contradição ou omissão de elementos relacionados com os atributos, termos ou condições da proposta, pelo que o TdC considerou estar-se frente a irregularidade sanável. Assim, julga-se no citado Acórdão que a aparente contradição “em nada colide com os aspetos determinantes da adjudicação e da consequente execução contratual”, assim se justificando o recurso ao Art. 72.º do CCP.

No Ac. deste TdC n.º 23/2021, 1.ª S/SS, de 6/10/2021, revogado pelo aludido Ac. n.º 4/2022, 1.ª/PL, de 25/1/2022, considerou-se que a falta de assinatura sobre um documento que contém atributos da proposta constitui uma formalidade que pode ser degradada em mera irregularidade, impondo-se à entidade adjudicante que conceda ao concorrente faltoso uma oportunidade adicional para cumprir ulteriormente essa obrigação.

Finalmente, no Ac. deste TdC n.º 26/2022, 1.ª S/PL, em que o primeiro subscritor desta decisão votou vencido por divergências no enquadramento da situação fáctica em apreço, perante uma apresentação formalmente incorreta – como no caso da apresentação do documento numa língua estrangeira sem estar acompanhado da devida tradução –, considerou-se existir uma declaração feita pelo concorrente, mas que não cumpre os requisitos formais legalmente exigidos. Mais se entendeu que não existindo uma total ausência de declaração que impeça a ponderação da sua eventual correção para efeitos de aferição da presença do atributo, pode - aliás deve - a entidade adjudicante fazer uso do disposto no Art.º 72.º, n.º 3 do CCP, convidando o proponente a suprir irregularidades não essenciais da sua proposta, ou seja, irregularidades que não afetem o seu núcleo essencial e cujo suprimento não leve à alteração dos elementos essenciais da proposta. Tratando-se, como se trata, apenas e tão só do convite à junção da tradução de um documento já apresentado, estamos perante uma formalidade não essencial passível de ser suprida, sem que dessa forma se atinja quer o princípio da concorrência quer o da igualdade.

A jurisprudência europeia, mesmo a mais recente que aborda a evolução legislativa europeia de 2014 no domínio da contratação pública, tem mantido as suas balizas delimitadoras dos erros das entidades contratantes (dos operadores económicos), reiterando, por exemplo, que também no “contexto do referido artigo 56.º, n.º 3, um pedido de clarificação apresentado a um operador económico ao abrigo dessa disposição não pode, no entanto, sanar a falta de um documento ou de uma informação cuja comunicação era exigida pelos documentos do concurso, sendo a entidade adjudicante obrigada a observar estritamente os critérios que ela própria fixou” - assim, no Acórdão do TJUE de 7/9/2021 (Proc. C-927/19 – Klaipėdos), n.º 93, mas, noutras situações, também nos Acórdãos do TJUE de 28/2/2018 (Procs. apensos C-523/16 e C-536/16– MA. T. I. Sud), n.ºs 50 e 52, e de 6/10/2021 (Proc. T-7/20 – Global Translation Services). Neste ponto, surge a conclusão de que um suprimento dessa ilegalidade, não reconhecido pelo direito europeu, concederia a um dos proponentes um tratamento favorável para se equiparar a quem teve a diligência de cumprir os requisitos formais do procedimento. Note-se que o aludido Acórdão Klaipėdos repete a mesma formulação presente nos Acórdãos de 10/10/2013 (Proc. C-336/12 -Manova), n.ºs 39-40; e de 10/11/2016 (Proc. C-199 – Ciclat), n.º 29.

Certo é que já os Acórdãos de 6/11/2014 (Cartiera dell’Adda), n.º 44; e de 2/6/2016 (Pippo Pizzo), n.º 36, diziam que se era indiscutível que a entidade adjudicante fica sujeita ao dever de que “(...) as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, para que todos os operadores económicos razoavelmente informados e normalmente diligentes possam compreender o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira”, então o princípio da igualdade concorrencial não pode

conviver com o perigo de uma avaliação casuística que a entidade adjudicante venha a realizar num momento em que já conhece a identidade do autor de cada proposta. Sendo possível “que alguns operadores económicos interessados, embora conhecendo a cláusula de exclusão inserida nos documentos do contrato”, fossem “tentados a apresentar uma proposta na esperança de serem isentados da exclusão com base num exame posterior da sua situação ao abrigo do princípio da proporcionalidade, de acordo com a regulamentação nacional em causa no processo principal, enquanto outros, que se encontrassem em situação comparável, não apresentariam essa proposta por acreditarem nos termos dessa cláusula de exclusão, que não mencionava esse exame de proporcionalidade” – assim, Acórdão de 14/12/2016 (Proc. C-171/15 – Connexion Taxi Services), n.º 41.

A jurisprudência administrativa, pelo seu lado, tem formado um posicionamento maioritário, neste domínio, com vista a evitar uma desconsideração do princípio da igualdade material no tratamento dos concorrentes que tenha adotado comportamentos disparees perante a legalidade procedimental.

Nestes termos, no Ac. do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 30/1/2013, processo n.º 0878/12, este considerou que “a apresentação de prazo para a execução de um contrato diferente do constante do caderno de encargos não carece de esclarecimentos, representando apenas uma posição diferente da apresentada pela entidade contratante”, pelo que não seria possível evitar a exclusão da proposta nem solicitar esclarecimentos pois não era possível identificar qualquer elemento dessa proposta que permitisse considerar evidente a presença do lapso.

Por seu turno, o mesmo STA no seu Ac. de 18/1/2018, processo n.º 0742/17, afastou a exclusão da proposta de um concorrente que apesar de indicar que realizaria com periodicidade mensal uma certa prestação que o caderno de encargos exigia ter periodicidade quinzenal, incluía na estrutura de custos o transporte por todo o trajeto objeto do contrato, indicando ali um percurso mensal equivalente ao dobro do percurso que deveria ter realizado, o que revelava a real intenção de satisfazer a periodicidade quinzenal exigida pela entidade adjudicante e confirmava que a sua referência a um serviço mensal consistia mesmo num lapso.

Assim também, no Ac. de 6/12/2018, processo n.º 0278/17.0BECTB, o STA reconheceu a inutilidade de uma assinatura eletrónica e da utilização da plataforma de contratação, que, estando em falta, era afinal supérflua (v.g. dupla assinatura dos documentos constitutivos da proposta em razão da demonstração da suficiência da única assinatura aposta pelo concorrente), não lhe sendo aplicável, contudo, a solução contida no n.º 3 do Art.º 72.º do CCP, pois a solução não pode passar pelo convite do concorrente a suprir uma formalidade que não tem utilidade, mas sim em simplesmente dispensar o seu cumprimento e prolatar a decisão de não exclusão da proposta.

Do mesmo modo, no Ac. de 24/9/2020, processo 0329/19.4BELSB, esse STA considerou inaceitável a exclusão de uma proposta que havia omitido um formulário imposto pelo programa do procedimento, no qual os concorrentes deveriam indicar as páginas ou os parágrafos da proposta que descreviam certos requisitos das especificações técnicas. No entender do STA se a formalidade não tem verdadeira utilidade material – não podendo, assim, sequer ser associada a uma causa de exclusão legalmente admissível -, então ela “não é pressuposto de abertura do sub-procedimento de regularização previsto no art.º 72.º n.º 3 CPP”. Em consequência, nenhum convite a que se refere o n.º 3 do Art.º 72.º do CCP chegará a ser formulado aos concorrentes; a sua manutenção no procedimento não dependerá de qualquer resposta que deva ser dada a esse inexistente convite, porque nenhuma formalidade subsiste que deva ser suprida.

Já no Ac. de 4/2/2021, processo n.º 02060/19.1BELSB, o mesmo STA considerou não ser “formalista” ou desproporcionada a exclusão de uma proposta que viola as regras que, de forma transparente, a entidade adjudicante aprovou no programa de procedimento quanto ao modo de redação da proposta, salvaguardando, desse modo, a auto-vinculação da entidade adjudicante e a igualdade de tratamento entre todos os concorrentes.

O mesmo STA veio depois proferir, em 25/11/2021, no processo n.º 0210/18.4BELLE, o Ac. Uniformizador de jurisprudência a que se faz alusão no procedimento concursal, que considera para um caso totalmente similar ao que se aprecia agora, que "a submissão de uma proposta num ficheiro PDF assinado digitalmente que agrupou vários ficheiros autónomos não assinados eletronicamente não cumpre a exigência da assinatura individualizada de cada documento imposta pelo n.º 4 do Art.º 57.º do CCP e n.º 5 do Art.º 54.º da Lei n.º 96/2015", com texto integral disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c16aebd3082246e18025879fo06751fb?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1.

Partindo de pressupostos metodológicos idênticos, embora numa situação diversa em que se considera que um certificado ambiental não é um atributo da proposta submetido à concorrência, o mais recente Ac. do STA de 27/1/2022, processo n.º 0172/21.0BEBRG, alertou para a abrangência deste conceito de formalidades não essenciais a que se reporta o n.º 3 do Art.º 72º do CCP atendendo a que o mesmo é um conceito aberto que apela a ponderações casuísticas. Mais considerou, a partir do momento em que as entidades adjudicantes podem criar os requisitos que entenderem adequados, com os limites da concorrência e da proporcionalidade, que podia ser enorme o número de situações aqui potencialmente abrangíveis. Daí a importância da delimitação de uma maior ou menor abertura do conceito apesar de não estarem taxativamente previstas um número de situações concretas.

O mesmo STA num acórdão de 13/1/2022, processo n.º 776/21.1BELSB, tinha reiterado a sua jurisprudência anterior (Ac. de 12/5/2016, processo 0236/16) ao afirmar que a omissão de apresentação de um documento em formato de folha de cálculo editável é supérflua, mas apenas "desde que a junção em Excel ocorra com total coincidência com o documento em PDF" que já tenha sido inicialmente junto com a proposta.

No Ac. do Tribunal Central Administrativo (TCA) Sul de 19/6/2019, processo 48/18.9BEPDL, este afastou a qualificação como mero lapso a declaração que um concorrente formulou quanto a fornecer "tubos de vidro" num procedimento em que o caderno de encargos exigia o fornecimento de "tubos de plástico", sem que o concorrente provasse em que medida se extrairia da sua proposta a intenção de cumprir o caderno de encargos. O aproveitamento da proposta representava uma modificação manifestamente abusiva de uma declaração que o concorrente jamais havia proferido, sendo irrelevante e desproporcional que o próprio concorrente viesse a formular a posteriori uma possível confirmação da sua vontade de cumprimento do caderno de encargos.

Assim também, o Ac. do TCA Sul de 20/5/2021, processo 167/20.1BEFUN, foi analisado um caso de um plano de pagamentos materialmente desconforme com o caderno de encargos, o qual não se poderia evidenciar como um mero lapso. Concluiu, o mesmo acórdão, pela não admissibilidade da correção ou sanção da proposta pois isso "equivaleria a admitir a apresentação de um requisito ou termo ou condição novo, que a proposta antes não previa, ou seja, permitir que a concorrente através de uma alteração à proposta apresentada, se vinculasse a um requisito ou termo ou condição a que anteriormente não se vinculou, no que se traduziria numa modificação ao conteúdo material da proposta e de um seu termo ou condição, com a consequência, não apenas de ferir a legalidade aplicável, como de retirar uma vantagem, em detrimento ou em desigualdade com a outra concorrente que apresentou proposta ao procedimento".

Num sentido convergente o Ac. do mesmo TCA Sul de 7/7/2021, processo n.º 603/20.7BELLE, entendeu que se uma formalidade é realmente reconhecida como uma condição de aceitação da proposta, num caso em que estava em causa um documento que integrava um atributo submetido à concorrência, então não é possível tratar em termos de igualdade os concorrentes que cumpriram e incumpriram uma regra reputada como essencial. Também assim, no Ac. do TCA Norte de 28/1/2022, processo n.º 00341/21.3BECBR, considerou que um júri violou o princípio da igualdade ao recorrer ao mecanismo de suprimento da proposta, convidando um concorrente a apresentar uma lista de preços unitários quando nada havia para esclarecer ou aclarar, antes resultando evidente a omissão do documento exigido no programa do concurso.

No Ac. do TCA Norte de 19/8/2021, processo n.º 00785/21.0BEPRT, considerou-se que "a imposição do preenchimento da lista de preços unitários em ficheiro excel, não constituindo um

atributo da proposta, nem uma obrigação que decorra das normas do CCP, e porque apenas visa facilitar o manuseamento por parte do Júri dos elementos comparativos de todas as propostas, quando seja reputado esse documento [em ficheiro/formato excel] como essencial à prossecução do seu trabalho, não pode o Júri deixar de notificar o concorrente para efeitos da sua apresentação, tendo subjacente o disposto no artigo 72.º, n.º 3 do CCP, quando é certo que os dados que virão constantes desse ficheiro mais não são/serão [não poderia deixar de ser] do que uma réplica dos dados que já constam da proposta por outra via documental. À luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não podem ser admitidas decisões de exclusão de propostas que se mostrem manifestamente desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público, pois que deve ser favorecida a concorrência, sempre com salvaguarda da observância da não violação do princípio da igualdade dos concorrentes”.

Em sentido oposto ao aqui propugnado, mas sem razão, em que se considera, singelamente, que a falta de cumprimento de requisitos formais de documentos comprovativos, como é o caso de ausência de tradução para português de certificados de competências técnicas, não pode ser equiparada à ausência de atributos, sendo aplicável o regime de suprimento da falta de documentos do n.º 3 do Art.º 72.º do CCP, veja-se o Ac. do TCA Sul de 20/10/2021, processo n.º 733/20.5BESNT (ainda assim, com um voto de vencido que reporta às razões que são evidenciadas na fundamentação deste acórdão de recurso).

Desta análise jurisprudencial pode ser definida uma fronteira entre as situações em que os fundamentos materiais da exclusão das propostas justificam essa operacionalidade, dado que os elementos concretos corroboram a violação de normas legais e procedimentais que condicionam as mesmas propostas, e as situações em que os elementos concretos apurados justificam o bloqueio das aludidas causas de exclusão das propostas, isto porque do ponto de vista legal e procedimental se pode invocar os fundamentos bastantes para suprir a omissão de formalidades ou corrigir a vontade declarada dos proponentes.

Voltando ao caso aqui em presença, sabe-se que nos termos do Art.º 56.º, n.º 1, do CCP, a “proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”.

Conforme dispõe o Art.º 57.º, n.º 1, al. c), do CCP, a proposta é constituída, entre outros, pelos documentos exigidos no programa do procedimento que contenham os termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos (CE), aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule.

Determina o n.º 4 daquele Art.º 57.º que os documentos que integram a proposta “devem ser assinados pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar”.

Sabendo que nos termos dos Art.ºs 70.º, n.º 2, alínea a), e 146.º, n.º 2, alíneas c) e d), ambos do CCP, devem ser excluídas as propostas que não apresentem alguns dos termos ou condições a que aludem as alíneas b) e c) do n.º 1 do referido Art.º 57.º do mesmo CCP.

Esse também é o regime que se pode retirar do citado Art.º 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17/8, relativo à assinatura em plataforma eletrónica das propostas apresentadas e recebidas pela entidade adjudicante (cfr. Art.º 62.º, n.º 4, do CCP).

Assim, constata-se, em termos prévios, que não terá ocorrido, na contratação aqui apresentada a fiscalização deste TdC, a violação do disposto, conjugadamente, nos Art.ºs 70.º, n.º 2, alínea a) e 72.º, n.º 3, ambos do CCP, nem daí sobreveio a alteração do resultado financeiro do contrato, não havendo fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Pelo que se terá de passar à apreciação das demais questões suscitadas neste processo, incluindo com a instrução documental que se impõe face à contratação aqui em causa.

II. Assim, em Sessão Diária de Visto, decide-se determinar a devolução à entidade requerente, para, nos moldes expostos nas conclusões do precedente relatório do Departamento de Fiscalização Prévia, vir juntar os elementos documentais descritos no ponto 6 das Conclusões do mesmo relatório.

Publique-se a presente decisão na página eletrónica deste TdC, no campo “Atos do Tribunal”.
DN.

Os Juízes Conselheiros,