



ACÓRDÃO N.º 9 / ABR.2010/1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 24/2009

(Processo n.º 40/2009 da SRMTC)

DESCRITORES

1. Empreitada de obra pública
2. Ajuste directo
3. Apresentação e aceitação de propostas
4. Transmissão electrónica de dados
5. Rejeição de propostas

SUMÁRIO

1. O disposto no n.º 1 do artigo 62.º e na alínea g) do n.º 1 do artigo 115.º do Código dos Contratos Públicos permite que, na formação de contrato por ajuste directo, a apresentação de propostas não seja feita através de plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante, mas através de outro meio de transmissão escrita e electrónica de dados, definido no convite dirigido às entidades que se pretende que participem no procedimento.
2. No caso de ser adoptada esta solução, inexistindo regime jurídico aplicável a esta modalidade de apresentação de propostas, deve ser seguido analogicamente o regime aplicável à apresentação de propostas através de plataforma electrónica: o que consta do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho, e da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho.
3. De tal regime resulta, no que mais importa ao caso *sub judicio*, o seguinte:
 - a) Tanto no CCP como nos diplomas referidos existe uma estreita conexão entre apresentação e recepção das propostas. Ainda que se traduzam em momentos diferentes, resulta do regime legal que a



apresentação de uma proposta só se completa com a sua recepção. Vide, nomeadamente, a ênfase dada à recepção no próprio artigo 67º do CCP (cuja epígrafe é, contudo, sobre o “[m]odo de apresentação das propostas”), o artigo 1º do Decreto-Lei nº143-A (que ao definir o objecto do diploma fala em “envio e recepção” das propostas) e ao artigo 14º deste mesmo diploma legal e aos nº 1 do artigo 18º, o artigo 19º e o artigo 20º da supra-citada portaria de que resulta, em rigor, que o envio de uma proposta inclui a sua apresentação (que, no caso de plataforma electrónica, envolve o carregamento e a submissão) e a sua aceitação, concretizada pelo envio de uma notificação electrónica;

- b) O envio bem sucedido de uma proposta só se concretiza com a aceitação que tal aviso traduz. E sublinhe-se o nº 6 do artigo 14º deste decreto-lei que dispõe que, no caso do envio completo não ser bem sucedido, “*considera-se não ter existido qualquer apresentação de propostas (...) devendo o interessado ser, de imediato, notificado desse facto*”; Note-se ainda que a entidade adjudicante não é responsável no caso de ocorrerem problemas técnicos ou falhas na rede pública que não lhe sejam imputáveis, podendo os concorrentes ou interessados nesses casos fundamentadamente solicitar prorrogação de prazos (vide os nºs 1 e 2 do artigo 18º);
 - c) Sublinhe-se ainda que, se ocorrerem problemas técnicos imputáveis à entidade adjudicante, deve esta tomar as medidas necessárias de forma que os interessados não sejam prejudicados, podendo prorrogar prazos, aproveitando a todos os candidatos (vide os nºs 4 e 5 do artigo 18º);
4. Do regime jurídico aplicável resultam deveres, tanto para as entidades adjudicantes, como para os candidatos. Assim:
- a) As entidades adjudicantes não devem limitar-se a indicar endereços electrónicos para “depósito” de propostas e demitirem-se do acompanhamento atento de como esse canal de envio é explorado;
 - b) Caso haja condicionamentos técnicos na utilização dessa via, tais condicionamentos devem ser explicitados pelas entidades adjudicantes nos documentos procedimentais;



Tribunal de Contas

- c) É importante que recebida uma proposta haja mecanismos de comunicação da sua recepção pela entidade adjudicante;
- d) Por seu turno, os concorrentes não podem simplesmente remeter electronicamente as propostas e *ipso facto* considerar que estão aceites. Devem igualmente acompanhar o “estado” em que se encontra a sua proposta.
5. No caso, a entidade adjudicante não explicitou no convite que havia condicionamentos técnicos, relativos à dimensão das propostas, devendo estas, designadamente, ser apresentadas com uso de instrumentos técnicos adequados.
6. Havendo problemas na recepção das propostas, imputáveis, em certos aspectos essenciais, à entidade adjudicante, face ao que se dispõe no nº 6 do art. 14º e no nº 4 do art. 18º do Decreto-Lei nº 143-A/2008, de 25 de Julho, - aplicáveis analogicamente, como acima se defendeu - a entidade adjudicante, deveria ter notificado de imediato os interessados de que o envio completo das propostas não tinha sido bem sucedido e deveria ter prorrogado o prazo de apresentação das propostas, para todos os interessados ou concorrentes.

Não tendo havido qualquer notificação e prorrogação do prazo, para todos os interessados ou concorrentes, e tendo-se operado exclusões, derivadas dos problemas que se verificaram na apresentação e recepção electrónica das propostas, houve desrespeito pelo regime legal aplicável, de que resultou alteração efectiva do resultado financeiro do procedimento e, consequentemente, do contrato, o que é fundamento para a recusa de visto, nos termos da alínea c) do nº3 do artigo 44º da LOPTC.

Lisboa, 20 de Abril de 2010



Tribunal de Contas

O Juiz Conselheiro

(João Figueiredo)





ACÓRDÃO N.º 9 / 20.ABR.2010/1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 24/2009

(Processo n.º 40/2009 da SRMTC)

I – RELATÓRIO

7. O Governo Regional da Madeira, representado, para este efeito, pelo Secretário Regional do Equipamento Social, notificado da Decisão n.º 8/FP/2009, da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas (SRMTC), de 24 de Setembro de 2009, proferida nos autos de fiscalização prévia em epígrafe, que recusou o visto ao contrato da empreitada de “Cobertura do Polidesportivo da Escola Básica do 1.º Ciclo de Gaula”, não se conformando com tal decisão, dela interpôs recurso, nos termos dos artigos 109.º, 96.º e 97.º da LOPTC¹.
8. A recusa de visto fundamentou-se na alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC, por se ter considerado que a exclusão de duas propostas que apresentavam os mais baixos preços foi feita com violação de lei e que assim se alterou efectivamente o resultado financeiro do contrato.
9. A decisão recorrida baseou-se, nos seus aspectos essenciais, nos seguintes fundamentos de facto e de direito²:
- a) Com base no disposto no Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, foi decidido considerar prioritária a obra de construção da “cobertura do

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

² A redacção dos trechos que se seguem é da nossa responsabilidade.



Tribunal de Contas

Polidesportivo da Escola Básica do 1.º ciclo de Gaula”, e adoptar o ajuste directo sujeito ao regime previsto naquele diploma legal;

- b) Nessa sequência, foram convidadas cinco empresas a apresentar proposta;
- c) O ofício-convite determinava, entre outros aspectos, que “[a] proposta deve ser apresentada até às 23:59h do dia 24 de Abril de 2009, por qualquer meio escrito e electrónico, através dos meios de contacto electrónico indicados no n.º 1 supra”³ e que o critério de adjudicação adoptado era o do mais baixo preço;
- d) Do relatório preliminar elaborado pelo júri do procedimento a 28 de Abril de 2009, ressaltava que todas as empresas convidadas haviam apresentado proposta, tendo sido excluída uma;
- e) O júri propôs, em relatório preliminar, a adjudicação à empresa que, de entre as admitidas, apresentou o mais baixo preço⁴, e procedeu à realização da audiência prévia dos concorrentes;
- f) Uma empresa preterida⁵, no âmbito da audiência prévia, veio alegar que as “(...) propostas dos concorrentes *Elimar – Engenharia, S.A.*⁶, e *Sociedade de Construções Primos, S.A.*,” foram “apresentadas depois do termo fixado para a sua apresentação”;
- g) Essa observação foi ponderada pelo júri no relatório final, conforme manda o artigo 124.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP), e determinou a alteração do teor e das conclusões do relatório preliminar, com a seguinte argumentação factual: “O júri tendo consultado o Núcleo

³ No n.º1 referia-se: “A Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social, Direcção Regional de Edifícios Públicos, com sede à Rua Dr. Pestana Júnior, n.º 6 – 9064-506 Funchal, telefone 291 207 230, fax 291 230 235 e e-mail luisvelosa.sres@gov-madeira.pt, convida a vossa empresa a apresentar proposta no âmbito do ajuste directo adoptado para a celebração do contrato em epígrafe”.

⁴ A Elimar – Engenharia, S.A..

⁵ A Tecnaco – Técnicos de Construções, Ld.ª.

⁶ A proposta então adjudicatária.



*de Informática, constatou não ser possível confirmar que as propostas que deram entrada após as 23:59h do dia 24 de Abril de 2009, correspondem ao conteúdo enviado por correio electrónico pelos concorrentes em tempo útil*⁷. Apreciadas e ponderadas as observações do concorrente *Tecnaco – Técnicos de Construções, Ld.^a*, em sede de audiência prévia, o júri propõe a exclusão das propostas dos concorrentes *Elimar – Engenharia, S.A.*, e *Sociedade de Construções Primos, S.A.*, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 2 do art.º 146.º” do CCP, ou seja, por estas terem sido apresentadas depois do termo fixado para a sua apresentação;

- h) Tomado por referência o aludido relatório, procedeu-se a nova audiência prévia, e nada desta resultando, foi tomada decisão final de exclusão das propostas apresentadas após o prazo e de adjudicação à empresa que, na sequência de tal exclusão, apresentava o mais baixo preço⁸;
- i) Porquanto a fundamentação acima transcrita na alínea g)⁹, parecia apontar em sentido contrário à apresentação extemporânea das propostas, após questionamento feito pela SRMTC, a entidade adjudicante alegou o seguinte:

“A exclusão das propostas dos concorrentes Elimar – Engenharia, S.A., e Sociedade de Construções Primos, S.A., ficou a dever-se ao facto de terem sido apresentadas via fax e correio electrónico (dia 27 de Abril de 2009), depois do termo fixado para a sua apresentação. A referência do júri ao correio electrónico enviado pelos concorrentes em tempo útil tem a ver com o facto de os referidos documentos conterem indícios de que as propostas terão sido enviadas por correio electrónico no dia 24 de Abril, sem contudo terem sido recepcionadas no endereço electrónico referido no convite”.

⁷ Negrito nosso.

⁸ A *Tecnaco – Técnicos de Construções, Ld.^a* que, como se viu, tinha em audiência prévia anterior suscitado a questão da admissão de propostas fora do prazo.

⁹ Vide o trecho a negrito.



- j) Contudo, porque as explicações avançadas não encontravam suporte na prova documental existente nos autos, foi, de novo, solicitado à entidade adjudicante que demonstrasse a não recepção no endereço electrónico “*luisvelosa.sres@gov-madeira.pt*” das propostas à data do seu envio, tendo em vista provar que a sua exclusão se subsumiu na previsão da alínea a) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP;
- k) Foi então junta ao processo cópia dos documentos emitidos pelo servidor de correio electrónico que aloja as contas com domínio «*gov-madeira.pt*» da não recepção das mensagens electrónicas, relativas à remessa das propostas, enviadas no dia 24 de Abril de 2009, pelas supra identificadas empresas. De acordo com a entidade adjudicante, os documentos demonstram a não recepção das propostas no endereço electrónico “*luisvelosa.sres@gov-madeira.pt*”;
- l) Todavia, de ambos os documentos ressalta que o envio daquelas mensagens ocorreu em tempo útil, até às 23:59h do dia 24 de Abril, mas que foram devolvidas, porque o respectivo conteúdo excedia o tamanho máximo permitido pelo servidor, conforme evidencia a expressão “*Message size exceeds fixed maximum message size*”;
- m) Assim, a não entrega atempada das propostas ficou-se a dever ao limite imposto ao tamanho das mensagens que poderiam ser recepcionadas no endereço de correio electrónico indicado no convite, e cuja existência não foi dada a conhecer às empresas convidadas;
- n) Cabe, assim, muito especificamente, concluir que os registos dos contactos electrónicos evidenciam que as empresas *Elimar, S.A.*, e *Primos, S.A.*, remeteram as respectivas propostas dentro do prazo fixado para o efeito, e que o problema da sua não recepção tempestiva é da exclusiva responsabilidade da entidade adjudicante;
- o) De outro lado, embora se trate de um procedimento onde o dono da obra limitou o universo concorrencial quando convidou quem bem entendeu, não passa despercebido que, em função de ponderações subjectivas de argumentos apresentados por um concorrente na audiência prévia, foram



Tribunal de Contas

tomadas decisões que conduziram à investidura do mesmo concorrente na posição de adjudicatário, através da aplicação indevida da norma da alínea a) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP;

- p) O Tribunal tem, por isso, ainda de valorar negativamente a circunstância de esta actuação ter afastado, sem fundamento adequado, duas propostas mais vantajosas do ponto de vista financeiro, originando, assim, em sede contratual, prejuízo para a Administração;
- q) O que de imediato ofende, ao menos potencialmente, o princípio da imparcialidade da Administração Pública, a que se encontra adstrita por força do disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e no artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo;
- r) Não no sentido de que esse princípio materializa, em si mesmo, a prática de um acto favorável à adjudicatária, visto que nada a esse respeito se provou, mas na dimensão da transparência que o princípio comporta, e que tem recebido tratamento autónomo na jurisprudência dos tribunais administrativos e na doutrina, através da acentuação da vertente de que o interesse jurídico tutelado com a transparência é o simples risco de quebra do dever de imparcialidade, independentemente de se ter produzido, em concreto, uma efectiva actuação imparcial;
- s) Em sede de fiscalização prévia, a ofensa ao artigo 146.º, n.º 2, alínea a), do CCP, e a violação daquele princípio, integram o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na medida em que estamos perante uma ilegalidade que alterou, efectivamente, o resultado financeiro do contrato remetido para visto.

- 10.** Na sua petição de recurso que aqui se dá por integralmente reproduzida, o Governo Regional, não contesta os factos dados como assentes na decisão recorrida e alega e conclui fundamentalmente o seguinte:



- a) *“O júri do procedimento após ponderar as observações da empresa Tecnaco, Técnicos de Construção, Lda. constatou que, de facto, tinha errado ao admitir as propostas das empresas Elimar - Engenharia, S.A e Sociedade de Construções Primos, S.A.;*
- b) *Na verdade, aquelas propostas tinham sido apresentadas depois do termo do prazo fixado para a sua apresentação;*
- c) *É facto assente que as propostas foram enviadas por correio electrónico mas não foram recepcionadas no correio electrónico luisvelosa.sres@govmadeira.pt, por a mensagem exceder o tamanho máximo aceite pelo servidor de correio electrónico utilizado pela SRES¹⁰;*
- d) *Não obstante, as empresas Elimar-Engenharia, S.A e Sociedade de Construções Primos, S.A. poderiam actuar com razoabilidade e diligência procedendo à compactação das mensagens com recurso às aplicações informáticas WinZIP ou WinRAR, à semelhança do que fizeram as empresas Edimade-Edificadora da Madeira, S.A e a Tecnaco - Técnicos de Construção Lda., ou enviar a proposta por fax dentro do prazo fixado para o efeito;*
- e) *O júri do procedimento após apreciar e ponderar as observações apresentadas em sede de audiência prévia pela empresa Tecnaco - Técnicos de Construção, Lda. entendeu propor a exclusão das propostas das empresas Elimar - Engenharia, S.A e Sociedade de Construções Primos, S.A. com fundamento na alínea a) do n.º 2 do artigo 146º do CCP, conforme consta do relatório de 13 de Maio passado;*
- f) *Fê-lo com a certeza de que, só com a decisão da exclusão das propostas poderia a SRES agir com transparência, imparcialidade e igualdade;*

¹⁰ Secretaria Regional do Equipamento Social.



- g) *Persistir no erro de admitir as propostas apresentadas fora do termo do prazo fixado para a sua apresentação, seria favorecer quem, por falta de diligência, não cumpriu com uma regra elementar dos processos concursais, que é a apresentação das propostas dentro do prazo estipulado nas peças do procedimento;*
- h) *Apesar da SRES saber que as propostas excluídas eram mais vantajosas, do ponto de vista financeiro, do que as que foram admitidas, o facto é que se não as excluísse, incorreria, não numa mera ofensa, ainda que potencialmente do principio da imparcialidade, mas sim numa efectiva violação desse principio;*
- i) *Estão pois, reunidas as condições para a procedência do recurso e subsequente concessão de visto ao contrato em apreço, com as recomendações que se tenham por adequadas”.*

11. O Ministério Público pronunciou-se pela improcedência do recurso, assim fundamentando o seu parecer:

- a) *“A questão nuclear suscitada no presente recurso incide na apreciação da legalidade da exclusão de duas das propostas apresentadas para execução da empreitada supra referenciada, pelos concorrentes que ficaram classificados em 1º e 2º lugares no quadro que ordenou as diversas propostas apresentadas pelos 4 concorrentes admitidos;*
- b) *Exclusão que ficou a dever-se ao facto das mensagens relativas às respectivas propostas não terem sido recebidas até às 23 horas e 59 minutos do dia 24 de Abril do ano transacto, data e hora limite para recepção das propostas destinadas àquela empreitada;*
- c) *Resulta, todavia, da matéria apurada, que o envio ocorreu em tempo oportuno mas que foram devolvidas em virtude do respectivo conteúdo exceder o tamanho máximo ou dimensão permitida pelo servidor utilizado pela SRES, facto que era desconhecido daqueles concorrentes, nem estes tinham obrigação de conhecer;*
- d) *Parece-nos, pois, evidente que a única razão que impediu a apresentação atempada das propostas excluídas, terá sido inteiramente*



- alheia àqueles concorrentes, que as remeteram em tempo útil, e que só as limitações do próprio sistema receptor obstou à sua entrega no prazo estabelecido;*
- e) Encontrando-se este sistema na total dependência da entidade adjudicante era esta que deveria ter oportunamente alertado os concorrentes para essas limitações ou eventuais condicionalismos, assegurando, assim, a igualdade de condições de acesso a todos os que foram convidados a apresentar as suas propostas (nº 2 do artº. 2º da Portaria nº 701-G/2008 de 29 de Julho);*
 - f) De notar que a mais interessada na obtenção do maior número de propostas era a adjudicante e que, por outro lado, os concorrentes excluídos corresponderam ao formalismo estabelecido no ofício-convite e às regras que o CCP (artº. 62º) consagrou como obrigatórias, na tramitação procedimental pré-contratual, ou seja, a via electrónica;*
 - g) Em suma, o impedimento que ocorreu, ficou a dever-se ao próprio funcionamento ou capacidade da infra-estrutura informática do receptor, pelo que a extemporaneidade não podia ser imputada aos concorrentes, que não estavam obrigados a procurar meios alternativos que, àquela data e hora, poderiam já não ser utilizáveis;*
 - h) É a entidade que lança o concurso ou convite que incumbe a obrigação de fornecer todos os meios, esclarecimentos e informações que permitam aos concorrentes formular, devida e atempadamente, as respectivas propostas, garantindo, assim, a efectiva aplicação dos princípios da transparência, igualdade e da concorrência, especialmente relevantes em matéria de contratação pública (nº 4 do artº. 1º do CCP e artº. 18º da Port. Nº 701-G/2008);*
 - i) De resto, também pelos princípios da justiça e boa-fé, (artº. 6º e 6º-A do CPA) deveria a entidade adjudicante ter diligenciado no sentido de comprovar a impossibilidade ou impedimento técnico que se verificou na sua plataforma electrónica, e aceitar as propostas como apresentadas em prazo.*
 - j) Assim sendo, afigura-se-nos ilegal a decisão do Secretário Regional do Equipamento Social, porque contrária aos princípios e à lei, a que acresce a circunstância do afastamento das propostas mais vantajosas*



ter determinado uma alteração do resultado financeiro com desfavor para a Administração”.

12. Foram colhidos os vistos legais.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.A – Quanto aos factos

13. Os factos dados como assentes na decisão recorrida não foram postos em causa. Constantes dos autos, em primeira instância, sublinhem-se ainda os seguintes:

- a) A mensagem electrónica da Elimar – Engenharia, S.A. referindo remeter em anexo a proposta “*conforme ficheiros ... em anexo*”, foi enviada no dia 24 de Abril de 2009, pelas 19h17min¹¹;
- b) A mensagem do sistema¹² para a Elimar referindo que a mensagem não tinha sido entregue ou recepcionada foi enviada no dia 24 de Abril de 2009, pelas 22h18min¹³;
- c) O fax da Elimar – Engenharia, S.A. remetendo a proposta está datado de 27 de Abril de 2009 e foi recebido nesse dia às 11h32min¹⁴;
- d) A mensagem electrónica da Sociedade de Construções Primos, S.A. referindo apresentar proposta para a empreitada “*de acordo com documentação... anexa*”, foi enviada no dia 24 de Abril de 2009, pelas 18h41min¹⁵;

¹¹ Vide folha 312 do processo.

¹² Mail Delivery System

¹³ Vide folha 444 do processo.

¹⁴ Vide folha 313 do processo.

¹⁵ Vide folha 402 do processo.



- e) A mensagem do sistema para a Primos referindo que a mensagem não tinha sido entregue ou recepcionada foi enviada no dia 24 de Abril de 2009, pelas 22h19min¹⁶;
- f) O fax da Sociedade de Construções Primos, S.A. remetendo a proposta é de 27 de Abril de 2009 pelas 8h59min¹⁷.

II.B – Quanto ao Direito

14. Perante os factos, vejamos quais as disposições legais e princípios jurídicos relevantes na apreciação de direito.

15. Dispõe o artigo 62º do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹⁸ para o que agora é relevante¹⁹:

1. *Os documentos que constituem a proposta são apresentados directamente em plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante, através de meio de transmissão escrita e electrónica de dados, sem prejuízo do disposto na alínea g) do nº 1 do artigo 115º.*
2. (...)
3. *A **recepção** das propostas é registada com referência às respectivas data e hora, sendo entregue aos concorrentes um recibo electrónico comprovativo dessa recepção.*
4. *Os termos a que deve obedecer a **apresentação e a recepção** das propostas (...) são definidos por diploma próprio.*
5. *Quando, pela sua natureza, qualquer documento (...) não possa ser apresentado nos termos do disposto no nº 1, deve ser encerrado em invólucro opaco e fechado:*
 - a) (...)

¹⁶ Vide folha 447 do processo.

¹⁷ Vide folha 233 do processo.

¹⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de Setembro, e pelos Decretos-Lei nºs 223/2008, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro.

¹⁹ Destacam-se a **negrito** os incisos que se consideram mais relevantes na apreciação do caso.



- b) (...) devendo, em qualquer caso, a respectiva **recepção** ocorrer dentro do prazo fixado para apresentação das propostas;
- c) Cuja **recepção** deve ser registada por referência à respectiva data e hora.

Dispõe a alínea g) do nº 1 do artigo 115º do CCP, para a qual remete o nº1 do artigo antes parcialmente transcrito:

“O programa do procedimento de ajuste directo é substituído pelo convite à apresentação de proposta, o qual deve indicar (...) o modo de apresentação da proposta, através de meio de transmissão escrita e electrónica de dados, se diferente do previsto no nº 1 do artigo 62º”.

16. Ora, das disposições indicadas resulta que, em regra, para apresentação das propostas, deve ser utilizada a plataforma electrónica usada pela entidade adjudicante. Contudo, no caso de procedimentos de formação de contratos por ajuste directo, a lei permite que a entidade adjudicante estabeleça outra solução de transmissão escrita e electrónica das propostas, que deve fazer constar do convite a dirigir aos potenciais interessados.

Assim, a opção feita, nesta matéria, no caso concreto, pela entidade adjudicante é legalmente conforme.

17. Nada mais dizendo a lei, suscita-se uma questão: surgindo, nos concretos procedimentos de ajuste directo em que se faça esta opção, problemas a resolver nesta matéria de apresentação e de recepção de propostas – como surgiu no caso *sub judicio* - a que regime jurídico deve o intérprete apelar, para os resolver?

Face ao que dispõe o artigo 10º do Código Civil, nos seus nºs 1 e 2, justifica-se estabelecer uma relação analógica entre estas situações e as que podem ocorrer no domínio do funcionamento das plataformas electrónicas. Justifica-se pois apelar ao regime aplicável a estas.



Tribunal de Contas

Ora, na sequência do disposto no n.º 4 do artigo 62.º do CCP, acima transcrito, este regime consta do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho²⁰, e da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho²¹.

18. Devemos pois analisar o regime que resulta destes diplomas, tanto mais que na Região Autónoma da Madeira não foi emitida qualquer regulamentação em desenvolvimento do que se prevê no referido n.º 4 do artigo 62.º²².

19. Da análise daqueles diplomas resulta algumas orientações pertinentes para a apreciação do caso concreto. Assim:

- a) Tanto no CCP como nos diplomas referidos existe uma estreita conexão entre **apresentação** e **recepção** das propostas. Ainda que se traduzam em momentos diferentes, resulta do regime legal que a apresentação de uma proposta só se completa com a sua recepção. Vide, nomeadamente, a ênfase dada à **recepção** no próprio artigo 67.º do CCP²³ (cuja epígrafe é sobre o "[m]odo de apresentação das propostas"), o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 143-A (que ao definir o objecto do diploma fala em "*envio e recepção*" das propostas) e ao artigo 14.º deste mesmo diploma legal e várias disposições da supra-citada portaria²⁴ de que resulta, em rigor, que o envio de uma proposta inclui a sua apresentação (que, no caso de plataforma electrónica, envolve o carregamento e a submissão) e a sua aceitação, concretizada pelo envio de uma notificação electrónica;

²⁰ Estabelece os termos a que deve obedecer a apresentação e recepção de propostas, candidaturas e soluções no âmbito do CCP.

²¹ Define os requisitos e condições a que deve obedecer a utilização de plataformas electrónicas pelas entidades adjudicantes, na fase de formação dos contratos públicos e estabelece a regras de funcionamento daquelas plataformas.

²² Refira-se aliás que na parte preambular do Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de Julho, e da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, não se faz qualquer referência a audição dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas. Sobre a aplicação do regime jurídico estadual lembre-se ainda o disposto no n.º 2 do artigo 228.º da CRP: "*Na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor*".

²³ Vide os n.ºs 3 e 4 e as alíneas b) e c) do n.º 5.

²⁴ Vide nomeadamente o n.º 1 do artigo 18.º, o artigo 19.º e o artigo 20.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho.





- b) O envio bem sucedido de uma proposta só se concretiza com a aceitação que tal aviso traduz. E sublinhe-se o nº 6 do artigo 14º deste decreto-lei que dispõe que, no caso do envio completo não ser bem sucedido, *“considera-se não ter existido qualquer apresentação de propostas (...) devendo o interessado ser, de imediato, notificado desse facto”*;
- c) Os dispositivos electrónicos devem permitir a recepção das propostas (vide o nº 1 do artigo 18º da referida portaria);
- d) Note-se ainda que a entidade adjudicante não é responsável no caso de ocorrerem problemas técnicos ou falhas na rede pública que não lhe sejam imputáveis, podendo os concorrentes ou interessados nesses casos fundamentadamente solicitar prorrogação de prazos (vide os nºs 1 e 2 do artigo 18º do decreto-lei referido);
- e) Sublinhe-se ainda que, se ocorrerem problemas técnicos imputáveis à entidade adjudicante, deve esta tomar as medidas necessárias de forma que os interessados não sejam prejudicados, podendo prorrogar prazos, aproveitando a todos os candidatos (vide os nºs 4 e 5 do artigo 18º do decreto-lei);
- f) Tendo em conta o que aconteceu no caso em apreciação, relembre-se também que, à luz do disposto no artigo 15º da Portaria nº 701-G/2008, de 29 de Julho, a entidade adjudicante *“pode fazer exigências quanto às características dos ficheiros que contêm os documentos que constituem as propostas”* designadamente quanto à *“dimensão dos ficheiros, individualmente, por documento ou globalmente”*.

20. Do que acabou de se referir no número anterior, resultam deveres, tanto para as entidades adjudicantes, como para os concorrentes. Isto é: ainda que esses deveres sejam claros quando são usadas as plataformas electrónicas, também não podem ser postergados quando estão em causa outros mecanismos de envio electrónico de propostas, cujo uso a lei admite. Assim:

- e) As entidades adjudicantes não devem limitar-se a indicar endereços electrónicos para “depósito” de propostas e



demitirem-se do acompanhamento atento de como esse canal de envio é explorado;

- f) Caso haja condicionamentos técnicos na utilização dessa via, tais condicionamentos devem ser explicitados pelas entidades adjudicantes nos documentos procedimentais (neste caso, no convite);
- g) É importante que recebida uma proposta haja mecanismos de comunicação da sua recepção pela entidade adjudicante;
- h) Por sua vez, os concorrentes não podem simplesmente remeter electronicamente as propostas e *ipso facto* considerar que estão aceites. Devem igualmente acompanhar o “estado” em que se encontra a sua proposta.

II.C – Apreciação do caso concreto

21. Revisitemos agora os factos à luz do regime que se explicitou. Dos factos elencados, resulta em especial, o seguinte:

- a) É indubitável que, antes do final do prazo, para apresentação das propostas, as empresas convidadas que vieram a ser excluídas – a Elimar – Engenharia, S.A. e a Sociedade de Construções Primos, S.A. - enviaram mensagens electrónicas para o endereço indicado no convite, com anexos que se refere serem as respectivas propostas, em resposta a este convite;
- b) É indubitável também que tais anexos foram rejeitados pelo sistema por terem dimensão excessiva;
- c) É incontestável que antes do prazo se ter esgotado, aquelas empresas receberam mensagens electrónicas referindo aquela rejeição;
- d) É igualmente indubitável que as propostas daquelas empresas só foram recepcionadas na entidade adjudicante após o fim do prazo;
- e) É também incontestável que as outras empresas entregaram as respectivas propostas dentro do prazo;



- f) Deve igualmente constatar-se que no convite dirigido às empresas, a entidade adjudicante não estabeleceu especificações técnicas relativas às propostas a apresentar no indicado endereço electrónico.

22. Face ao regime jurídico aplicável à situação e antes explicitado – tanto nas regras a seguir, como nos deveres que impendem sobre entidades adjudicantes e concorrentes, de forma que os procedimentos de apresentação e aceitação de propostas decorram sem incidentes – justifica-se referir:

- a) A entidade adjudicante não explicitou no convite que havia condicionamentos técnicos, relativos à dimensão das propostas, devendo estas, designadamente ser apresentadas com uso de instrumentos técnicos adequados²⁵;
- b) Tendo as mensagens dos concorrentes posteriormente excluídos sido enviadas às 18h41min e às 19h17min do dia 24 de Abril, não houve acompanhamento de tal recepção por parte da entidade adjudicante, ou porque os mecanismos tecnológicos existentes não permitiam a percepção pela entidade adjudicante de mensagem enviada e rejeitada por excesso de dimensão, ou porque havendo tais mecanismos tecnológicos, eles não foram adequadamente seguidos;
- c) Os concorrentes posteriormente excluídos receberam mensagem de rejeição às 22h18min e às 22h19min, portanto antes de estar esgotado o prazo de apresentação e, igualmente, não reagiram de imediato a tal rejeição, o que poderiam ter feito, se tivessem acompanhado adequadamente o processo de apresentação e de aceitação de propostas²⁶ e não se tivessem limitado a remeter as mensagens de envio;
- d) Se é um facto que no convite se possibilitava a entrega das propostas também através de fax, não é exigível que interessados ou concorrentes que pretendam utilizar o correio electrónico, tenham que se munir, preventivamente, dos meios necessários a este tipo alternativo de remessa ou, tendo-os, os tenham que activar.

²⁵ Designadamente recurso às aplicações informáticas WinZIP ou WinRAR.

²⁶ Relativamente à matéria desta alínea e da anterior, tenha-se em conta que o dia 24 de Abril foi uma Sexta-feira.



23. Mas mais importante do que todos estes factos, é a constatação feita, no dia 27 de Abril, pelos concorrentes excluídos e pela entidade adjudicante de que efectivamente tinha havido um problema na apresentação e aceitação de propostas: de tal modo, que os concorrentes apresentaram então as suas propostas e elas foram inicialmente aceites. Posteriormente, como se viu, foram excluídas, em sede de audiência prévia e de aprovação do relatório final de avaliação.

24. Pergunta-se: face ao regime que deve ser seguido, foi esta a solução adequada?

Não. Tendo havido problemas na recepção das propostas, imputáveis, em certos aspectos, aos concorrentes excluídos e, noutros, à entidade adjudicante, face ao que se dispõe no artigo 18º do Decreto-Lei nº 143-A/2008, de 25 de Julho, e em particular no seu nº 4 - aplicável analogicamente, como acima se defendeu - a entidade adjudicante, deveria ter prorrogado o prazo de apresentação das propostas, para todos os interessados ou concorrentes.

E, se tivesse sido adoptada esta solução, o que teria acontecido, com fortíssima probabilidade? A entidade adjudicante teria recebido as cinco propostas, como veio inicialmente a acontecer e depois foi alterado.

Só aquela solução seria conforme com o regime legal aplicável e só ela protegeria os interesses financeiros públicos, sem ofensa do princípio da igualdade entre concorrentes e da imparcialidade da Administração.

E, para além da solução adoptada não respeitar o regime legal aplicável, como se refere na decisão recorrida tal solução traduziu-se efectivamente numa alteração do resultado financeiro do procedimento, reflectido no contrato, na medida em que o valor da adjudicação é superior ao que se poderia ter obtido, se tivesse sido adoptada a solução conforme à lei.

Ocorreu pois uma violação do regime legal aplicável que se traduziu em efectiva alteração do resultado financeiro que se poderia ter obtido, havendo



Tribunal de Contas

pois fundamento para a recusa de visto, nos termos da alínea c) do nº3 do artigo 44º da LOPTC.

III – DECISÃO

25. Assim, nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes, em plenário da 1ª Secção, em julgar improcedente o recurso e manter a decisão recorrida.

26. São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do nº1 do artigo 16º do Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de Abril.

Lisboa, 20 de Abril de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(António Santos Soares)

(Helena Abreu Lopes)



Tribunal de Contas

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)