

Secção: 1.ª S/PL

Data: 23/02/2021

Recurso Ordinário: 13/2020

Processo: 402/2020

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

TRANSITOU EM JULGADO EM 11/03/2021

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

## I – RELATÓRIO

1. A empresa Águas do Algarve, SA (AA) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 45/2020 – 1.ª S/SS, de 2 de novembro, que recusou o visto ao contrato de «Aquisição de Serviços de Operação e Manutenção do Sistema Multimunicipal de Saneamento do Algarve (Zona Poente – Lote 2)», celebrado em 30.01.2020, entre essa entidade e a empresa BE WATER, SA, pelo valor de 58.478.073,60€, acrescido de IVA, com o prazo de vigência de sete anos.
2. A recusa de visto fundamentou-se no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (LOPTC), designadamente por existirem ilegalidades que alteram ou são suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato.
3. A empresa AA apresentou as alegações constantes de fls. 2 a 41 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:
  - A. *No presente recurso, vem impugnado o Acórdão n.º 45/2020, de 02.11.2020, da Subsecção da 1.ª Secção do Tribunal de Contas que recusou o visto prévio ao contrato de “Aquisição de Serviços de Operação e Manutenção do Sistema Multimunicipal de Saneamento do Algarve (Zona Poente – Lote 2)” celebrado entre a Águas do Algarve, SA e a BE Water, SA;*
  - B. *Tal como resulta da matéria provada e assente no Acórdão Recorrido – cfr. alínea q) de págs. 14, alínea r) de págs. 14 a 21 e ponto 17, págs. 25 – a concorrente FCC Aqualia,*



*SA apenas apresentou um exemplar dos documentos a que se referem as alíneas a), b), d.1 e d.iii, do art. 7.º do Programa do Concurso, quando o Acórdão Recorrido dá por provado que era exigido aos concorrentes que, quando apresentassem propostas para os dois lotes a concurso (Lote 1 e Lote 2), o fizessem mediante a apresentação de conjuntos completos e autónomos de documentos, como se de duas propostas em dois concursos separados se tratassem;*

- C. Leva-se a cabo a impugnação da matéria de facto, por relação aos documentos que constituem “aspectos de execução do contrato não submetidos à concorrência” constante das alíneas d.1 e d.iii do n.º 7 do art. 9.º do Programa do Concurso, por omissão da sua inclusão na matéria de facto provada (assente) como correspondendo a documentos contendo “termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato, não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule”;*
- D. Esta impugnação da matéria de facto por omissão, é relevante para os autos, na medida em que na parte respeitante ao “Direito”, ponto 18 de págs. 25 do Acórdão Recorrido, é afirmado explicitamente que o documento a que se refere a alínea d.iii) do n.º 7 do art. 9.º do Programa do Concurso não se enquadra na alínea c) do n.º 1 do art. 57.º do Código dos Contratos Públicos, por não ser um documento que contenha termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos a concorrência.*
- E. Essa aceção conclusiva no Acórdão Recorrido sobre os documentos em causa, quanto ao documento salientado – Declaração de Aceitação do Código de Conduta para Fornecedores – está direta e inelutavelmente em contradição com o próprio texto da alínea d.) do n.º 7 do art. 9.º do Programa do Concurso, o qual estabelece explicitamente que tal documento é um dos que fixa “termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos a concorrência pelo Caderno de Encargos”;*
- F. Para além desse documento que é destacado no ponto 18, de págs. 25 do Acórdão Recorrido, o n.º 7 do art. 9.º do Programa do Concurso também se indica que tem essa natureza o documento constante da alínea d.1), o que o ponto 18 também afasta;*
- G. Existe erro de apreciação quanto à matéria de facto do qual o ponto 18, de págs. 25 do Acórdão Recorrido dá nota e que deve ser alterado, por inclusão na matéria de facto a indicação sobre o incumprimento de apresentação de documentos constantes das alíneas d.1) e d.iii) do n.º 7 do art. 9.º do Programa do concurso e que os mesmos respeitam a termos ou condições relativos a aspetos de execução do contrato, não sujeitos à concorrência;*
- H. A alteração da conclusão quanto à leitura dos factos tem impacto direto na decisão, na medida em que sendo os documentos das alíneas d.1) e d.111) do n.º 7 do artigo 9.º do Programa do concurso documentos que são obrigatórios apresentar e cuja ausência implica exclusão – pois que são explicitamente classificados pelo Programa do Concurso como contendo “termos ou condições relativas a aspectos da execução do contrato, não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos” -, a entidade adjudicante fica vinculada à exclusão das propostas do concorrente, não havendo possibilidade de suprimimento da falha;*



- I. *A prova quanto aos documentos probatórios sobre erro de julgamento da matéria de facto resulta da leitura do Programa de Concurso que está junto aos autos neste Tribunal de Contas;*
- J. *Em sede de apreciação dos fundamentos de direito pelos quais o presente recurso deva ser provido, delimitam-se objetivamente as questões sujeitas ao juízo do Plenário da 1.ª secção do Tribunal de Contas e que prendem com a obrigatoriedade de aplicação do art. 72.º, n.º 3 do CCP (ou do art. 13.º, n.º 3 do Programa de Concurso), antes de uma decisão de exclusão da proposta da concorrente FCC Aqualia, SA, circunscrita ao Lote 2;*
- K. *Está assente nos autos, a questão relativa à interpretação devida do programa do concurso no sentido de se exigir que as propostas apresentadas a cada lote tenham obrigatoriamente de integrar um exemplar de todos os documentos, onde se incluem os documentos que o Acórdão Recorrido indica como ausentes;*
- L. *Nos termos precisos do n.º 3 do art. 72.º do CCP, o convite ao suprimento de irregularidades de propostas limita-se àquelas que sejam “causadas por preterição de formalidades não essenciais”;*
- M. *Não se pode considerar que por supressão de formalidades se deva entender a apresentação de documentos fundamentais para a proposta omitidos e que possam por essa via integrar as propostas, que contenham obrigações de execução ou face aos quais se imposta a exclusão da proposta por via de regra procedimental, pois que tal se trataria de uma violação do princípio da intangibilidade das propostas, alcance que a aplicação do n.º 3 do art. 72.º do CCP nunca poderá ter, sob pena de se transformar num instrumento de alteração de propostas. A definição de “formalidades não essenciais” não comporta documentos essenciais da proposta;*
- N. *Na jurisprudência administrativa superior sobre o atual n.º 3 do art. 72.º do CCP, a mesma é unânime na consideração que só há “irregularidade formal não essencial”, quando se trata de uma exigência formal sobre o modo de apresentação da proposta ou sobre documentos que a devem integrar para fins de vinculação a termos de execução do contrato ou face aos quais os documentos concursais imponham a exclusão e cuja regularização não atente contra os princípios gerais da contratação pública.*
- O. *Não são documentos não essenciais para fins do n.º 3 do art. 72.º do CCP, aqueles em que um concorrente se tem de obrigar a cumprir com termos ou condições relativas à execução do contrato não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos, como sejam os documentos da alínea d) do n.º 7 do art. 9.º do Programa do Concurso, pois que a sua ausência implica a imediata distorção dos princípios de igualdade e concorrência;*
- P. *A obrigação de exclusão de propostas com documentos incompletos ou insatisfatórios, imposta pelo n.º 17 do art. 9.º do Programa do Concurso em conjugação com o art. 146.º, n.º 2, alínea n) e art. 132.º, n.º 4, ambos do CCP, também implica, por argumento de maioria de razão, que não seja possível admitir a regularização de documentos omitidos, quando se proíbe a regularização de documentos apresentados de modo incompleto ou insatisfatório (“a minori ad maius”);*



- Q. *A regularização que o Acórdão Recorrido admite que se poderia levar a cabo pelo concorrente, antes de uma decisão final seria fator propulsor da distorção do concurso, pois que colocaria a concorrente FCC Aqualia, SA em posição de vantagem face aos demais e poderia usá-la, precisamente por meio de um dos documentos a apresentar. Em concreto, o convite à supressão da falta de documentos, resultaria na escolha do lote preferencial num momento em que o concorrente já conhece as propostas dos demais concorrentes, podendo, por isso, escolher o lote que lhe pretende seja adjudicado, escolha que os demais tiveram de fazer no momento inicial do concurso sem conhecimento das demais propostas possíveis serem apresentadas;*
- R. *Na 2.ª parte do n.º 3 do art. 72.º do CCP, o elemento literal veio especificar na revisão do CCP operada em 2017, em que casos a supressão de formalidades “não essenciais” se possa fazer por documentos a introduzir nos autos. O n.º 3 do art. 72.º do CCP limita a possibilidade de serem apresentados documentos que não constavam da proposta, dizendo que apenas se podem apresentar “documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura”;*
- S. *Esta 2.ª parte do n.º 3 do art. 72.º do CCP tem um duplo alcance, isto é, a formulação legal tem uma dimensão ou alcance negativo e uma dimensão ou alcance positivo.*
- T. *Na dimensão ou alcance negativo, determina que os documentos que possam ser apresentados estão restritos àqueles que possam comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta, dimensão que se revela pelo uso dos vocábulos “documentos que se limitem a comprovar...”;*
- U. *Nesta dimensão, os documentos que se pretendam juntar ao abrigo do n.º 3 do art. 72.º do CCP não poderão incidir sobre realidades que não existem antes da apresentação da proposta, nem podem servir para outro fim que não seja a comprovação de factos ou de qualidades. Ou seja, os documentos admitidos juntar pelo n.º 3 do art. 72.º do CCP têm de ter uma natureza ou valor certificativo, nunca inovador;*
- V. *Boa parte dos documentos que deveriam ser apresentados, em 2 versões, não são documentos aptos para fins de comprovação de factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta, pois que apenas o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) serve para tal, caso aliás em que o n.º 3 do art. 72.º do CCP seria admissível usar;*
- W. *O argumento de ilegalidade e conseqüente recusa de visto prévio em que assenta o Acórdão Recorrido apenas poderia sobreviver se se concluísse que todos os documentos ausentes seriam adequados para fins de uso do n.º 3 do art. 72.º do CCP, mas tal não sucede;*
- X. *Numa dimensão ou alcance positivo da 2.ª parte do n.º 3 do art. 72.º do CCP, são admitidos documentos, mas quando possam servir para efeitos dessa demonstração de factos ou qualidades possuídas anteriormente à apresentação da proposta. Os documentos em falta não passam tal crivo, pois que nem todos têm uma natureza ou aptidão certificativa quanto a factos ou qualidades existentes anteriormente à data da apresentação da proposta;*



- Y. *É nosso entendimento que no caso não pode haver lugar à aplicação do n.º 3 do art. 72.º do CCP, por os documentos em falta não enquadrarem a previsão constante da sua 2.ª parte (com exceção do DEUCP), sendo que para que pudesse existir ilegalidade na preterição do convite à supressão, ter-se-ia que concluir que todos os documentos omitidos poderiam beneficiar de um tal convite, o que não sucede;*
- Z. *Não sucedendo um tal cenário, um ou mais documentos preteridos na proposta continuariam como não apresentados, implicando a exclusão da proposta nos termos já referidos da alínea c) do n.º 1 do art. 57.º do CCP, conjugado com a alínea a) do n.º 2 do art. 70.º e alínea d) do n.º 2 do art. 146.º, todos do CCP;*
- AA. *Impondo-se a exclusão das propostas do concorrente FCC Aqualia, SA, não existe fundamento de ilegalidade financeira, pois que não existe fundamento anulatório, com o que deve ser concedido visto prévio ao contrato, revogando-se o Acórdão Recorrido”.*

¼ Posteriormente, ao abrigo do disposto no artigo 99.º, nº 1, da LOPTC, o Ministério Público emitiu parecer no sentido da não procedência do recurso, por entender que *“as alegações apresentadas pela Recorrente não invalidam, de facto ou de Direito, os fundamentos e sentido da decisão impugnada”.*

¼ Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### – DE FACTO

- ¼ A instância *a quo* considerou provados os seguintes factos, que se passam a reproduzir:
- a) Por deliberação de 12/02/2019, o Conselho de Administração da sociedade Águas do Algarve, S.A. autorizou a abertura de concurso público de âmbito internacional, tendo em vista a “Aquisição de Serviços de Operação e Manutenção do Sistema Multimunicipal de Saneamento do Algarve (Zona Nascente – Lote 1 e Zona Poente- Lote 2)”, aprovou as peças do procedimento, e designou os membros do júri;
- b) A abertura do concurso foi publicitada por anúncio publicado no Diário da República, II Série, de 20 de fevereiro de 2019, e no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) de 22 de fevereiro de 2019;



- c) Consta do artigo 1.º do programa do concurso, sob a epígrafe “Objeto”, que:

«(...)

2. *A aquisição de serviços compreende 2 (dois) lotes, sendo admitidas propostas para um qualquer deles ou para vários deles, não sendo, contudo admitidas propostas conjuntas para os 2 (dois) lotes.*

*As propostas deverão ser submetidas separadamente por lote, cujos locais estão inseridos no Sistema Multimunicipal de Saneamento do Algarve (Zonas Nascente e Poente) e integram os seguintes subsistemas:*

(...)

3. *Os lotes serão objeto de contratos independentes e não será adjudicado mais do que um lote a cada concorrente, sem prejuízo de cada concorrente poder apresentar proposta, por si ou em agrupamento, a qualquer dos lotes ou a ambos os lotes.»;*

- d) No artigo 9.º, sob a epígrafe “Apresentação e documentos das propostas”, na parte que releva para a apreciação do presente pedido de fiscalização prévia, estabeleceu-se que:

«(...)

3. *Os interessados que pretendam apresentar proposta em ambos os lotes deverão apresentar propostas autónomas para cada um dos Lotes, entendendo-se como tais propostas que contenham todos os documentos exigidos nos termos do Programa do Concurso para o Lote em causa.*

(...)

7. *A proposta deve ser instruída pelos seguintes documentos:*

a) *Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) elaborado em conformidade com o ANEXO IV do presente Programa de Concurso e que dele faz parte integrante.*

b) *Declaração do Lote preferencial a adjudicar caso os interessados concorram a mais do que um lote, elaborado em conformidade com a minuta que constitui o ANEXO IX do Programa do Concurso e que dele faz parte integrante.*

c) *Os seguintes documentos contendo os atributos da proposta relativos a aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos e de acordo com os quais o Concorrente se dispõe a contratar:*



*c.i) Declaração do preço da proposta, elaborada em conformidade com a minuta que constitui o ANEXO III do Programa do Concurso (...).*

*c.ii) Memória descritiva e justificativa que suporte os valores apresentados, contemplando a descrição detalhada dos trabalhos, mapa de quantidades e cronograma de execução dos trabalhos de Melhorias e Benfeitorias relativos ao aumento da eficiência e da produção de energia, traduzido através da redução dos consumos específicos de energia adquirida ao exterior (...);*

*c.iii) Memória descritiva e justificativa que suporte os valores apresentados, contemplando a descrição detalhada dos trabalhos, mapa de quantidades e cronograma de execução dos trabalhos de Melhorias e Benfeitorias relativos ao aumento do teor de matéria seca (%MS) nas lamas desidratadas, sem adição de reagentes químicos oxidantes (...);*

*c.iv) Memória descritiva e justificativa com a descrição detalhada dos trabalhos, mapa de quantidades e cronograma de execução dos trabalhos de Melhoria e Benfeitorias relativos à melhoria do estado de funcionamento dos sistemas de ventilação, renovação de ar contaminado, implementação de extrações localizadas e ar contaminado, e melhorias no desempenho dos sistemas de desodorização (...);*

*c.v) Memória descritiva e justificativa de outras melhorias e benfeitorias, mapa de quantidades e cronograma de execução dos trabalhos de outras Melhorias e Benfeitorias não contempladas nas subalíneas c.ii), c.iii) e c.iv) da alínea c) do ponto 7 do Programa do Procedimento e do Anexo X do Caderno de Encargos.*

*d. Os seguintes documentos, contendo os termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato, não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule:*

*d.1) Declaração respeitante a cada uma das suas empresas constituintes, na qual sejam indicados a denominação social, número de pessoa coletiva, sede, objeto social, nome dos titulares dos corpos sociais e de outras pessoas com poderes para a obrigarem, conservatória do registo comercial onde se encontra matriculada e o seu número de matrícula nessa conservatória;*

*(...)*

*d.iii) Declaração de Aceitação do Código de Conduta para Fornecedores, elaborado em conformidade com a minuta que constitui o ANEXO V do Programa do Concurso e que dele faz parte integrante.*

*(...)>>;*



e) E no artigo 13.º, sob a epígrafe “Esclarecimentos e Suprimentos de Irregularidades”, estabeleceu-se que:

*«1. O júri pode pedir aos concorrentes, via plataforma eletrónica, quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito da análise e da avaliação das mesmas.*

*2. Os esclarecimentos prestados pelos concorrentes fazem parte integrante das mesmas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respetivos atributos, nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.*

*3. O júri deve solicitar aos concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento.*

*(...);»;*

f) O referido Anexo V do programa do concurso (e que constitui o ANEXO XVII do Caderno de Encargos), sob o título “Declaração de Aceitação do Código de Conduta para Fornecedores”, constitui uma minuta de declaração em que a empresa concorrente *“assume o compromisso de cumprir e fazer cumprir o Código de Conduta para Fornecedores (COD.3), declarando que no âmbito da sua atividade e em cumprimento da legislação nacional: a) Não utiliza qualquer forma de trabalho infantil; b) Não utiliza qualquer forma de trabalho forçado; Proporciona um ambiente de trabalho seguro e saudável e toma as medidas adequadas para prevenir acidentes, incidentes e danos à saúde dos seus trabalhadores; Não coloca qualquer objeção à associação dos trabalhadores, a sindicatos ou à possibilidade de associação coletiva; e) Não realiza qualquer tipo de discriminação, direta ou indireta, baseada na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, não interferindo no exercício dos direitos,*



*que lhe estão associados; f) Não permite comportamentos que se revistam de carácter coercivo, ameaçador, abusivo ou exploratório; g) Não realiza qualquer tipo de punição corporal, mental ou coerção física ou verbal; h) Cumpre com as leis aplicáveis sobre o horário de trabalho e cumpre o pagamento de horas extraordinárias; i) Assegura que a composição dos salários e benefícios seja detalhada e clara para os trabalhadores; j) Compromete-se a colaborar nas atividades de monitorização que a Águas do Algarve venha a promover, no âmbito do seu sistema de responsabilidade empresarial, junto da (empresa); k) Promove as ações de reparação e ações corretivas para tratar quaisquer não conformidades que coloquem em causa os requisitos da norma SA 8000, identificadas no âmbito da monitorização referida na alínea j); l) Informa a Águas do Algarve de quais são os fornecedores ou subcontratados que estão a prestar serviço ou fornecer qualquer material ou equipamento, no âmbito do Contrato, sempre que solicitado; m) Informa os seus fornecedores e subcontratados do conteúdo desta declaração. Mais declara, a veracidade dos elementos acima descritos por esta empresa. (...);*

- g) O critério de adjudicação estabelecido (nos termos do artigo 14.º do programa do concurso) foi o da proposta economicamente mais vantajosa, densificado nos seguintes fatores elementares de avaliação das propostas:
- a. Qualidade técnica da proposta: 60%**
- a.1) Melhorias e Benfeitorias a nível do aumento da eficiência e da produção de energia nas instalações: 30%
- a.2) Melhorias e Benfeitorias que aumentem o teor de matéria seca das lamas desidratadas: 15%
- a.3) Melhorias e Benfeitorias ao nível do tratamento de biogás, sistemas de ventilação, renovação de ar, extração localizada de ar contaminado e sistemas de desodorização: 10%;
- a.4) Outras melhorias e benfeitoria: 5%;
- b. Preço global da prestação de serviços: 40%;**
- h) No relatório preliminar, datado de 9/08/2019, o júri do concurso ordenou as propostas apresentadas e admitidas para o lote 2 pela seguinte ordem:



Quadro 42 - Ordenação Final para a Prestação de Serviços - Zona Poente - Lote II /

N.º do Concorrente	Designação do Concorrente	Preço Ponderado (40%)	Valia Técnica Ponderada (60%)	Pontuação Final das Propostas	Ordenação Final das Propostas
5	Be Water, S.A.	1,4213600555	5,3000	6,721360055	1
8	FCC AQUALIA, S.A.	1,9817294477	4,4500	6,431729448	2
9	Acciona Agua, S.A.U - Sucursal Portugal	1,4792340341	4,8400	6,319234034	3
10	Agrupamento Manvia – Manutenção e Exploração de Instalações e Construção, S.A./ Luságua – Serviços Ambientais, S.A.	0,5384195713	4,5000	5,038419571	4
11	Agrupamento CTGA – Centro Tecnológico de Gestão Ambiental, Lda. / GIBB Portugal, Consultores de Engenharia, Gestão e Ambiente, SA, / Tãmega Engineering, S.A.	1,8828232748	1,3900	3,272823275	5

- i) Na reunião de 26/09/2019, o júri deliberou dar provimento à pronúncia da concorrente FCC Aqualia, S.A., em relação à avaliação do subfactor “Melhorias e Benfeitorias a nível do aumento da eficiência e da produção da energia nas instalações”, da proposta da concorrente BE Water, S.A, passando a pontuação da proposta desta concorrente, atribuída ao referido subfactor de 9 (nove) para 7 (sete), o que se refletiu na avaliação global e ordenação das propostas, passando, em relação ao lote 2, o primeiro lugar para a concorrente FCC Aqualia, S.A., ordenando as propostas pela ordem constante do seguinte quadro:



N.º do Concorrente	Designação do Concorrente	Preço Pontuação Ponderada (40%)	Valia Técnica Pontuação Ponderada (60%)	Pontuação Final das Propostas	Ordenação Final das Propostas
10	FCC AQUALIA, S.A.	1,9817294477	4,4500	6,431729448	1.º
9	Acciona Agua, S.A.U - Sucursal Portugal	1,4792340341	4,8400	6,319234034	2.º
5	Be Water, S.A.	1,4213600555	4,7000	6,121360055	3.º
8	Agrupamento Manvia Manutenção e Exploração de Instalações de Construção, S.A./ Luságua Serviços Ambientais, S.A.	0,5384195713	4,5000	5,038419571	4.º

- j) Notificadas do relatório do júri de 26/09/2019, as concorrentes BE Water, S.A. e Acciona Agua, S.A.U. – Sucursal Portugal requereram a exclusão, relativamente a ambos os lotes, das propostas apresentadas pela concorrente FCC Aqualia, S.A., e a concorrente Be Water, S.A., requereu ainda, em relação ao lote 2, a reapreciação das pontuações técnicas atribuídas à sua proposta, à proposta da concorrente Acciona Agua, S.A.U – Sucursal Portugal, bem como, para o caso de não ser excluída, à proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A.;
- k) Na reunião de 20/12/2019, dando, nessa parte, provimento às pronúncias das concorrentes BE Water, S.A. e Acciona Agua, S.A.U – Sucursal Portugal, o júri do concurso deliberou propor a exclusão das propostas da concorrente FCC Aqualia, S.A., relativamente a ambos os lotes;
- l) Fundamentou a exclusão das propostas da concorrente FCC Aqualia, S.A., nos seguintes termos:

*«O Júri em análise à reclamação em apreço, concluiu que, está em causa a não apresentação, para cada um dos lotes, dos documentos previstos no n.º 7 do artigo 9.º e, correlativamente, a violação dos artigos 1.º, n.º 2, e 9.º n.º 3, todos do Programa do Concurso.*

*Efetuada a devida análise à reclamação apresentada e após nova verificação das propostas, constata-se que assiste razão à pronunciante do Concorrente n.º 9 Acciona Agua, S.A.U.— Sucursal Portugal, pois que o Concorrente n.º 10 FCC*



*Aqualia, S.A. apresentou apenas 1 documento para os dois lotes a concurso, quanto aos seguintes documentos solicitados nos termos do concurso acima vistos:*

- Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) elaborado em conformidade com o anexo IV do Programa de Concurso;*
- Declaração de Lote preferencial a adjudicar caso os interessados concorram a mais do que um lote, elaborado em conformidade com minuta do Anexo IX do Programa de Concurso;*
- Declaração respeitante a cada uma das suas empresas constituintes, na qual sejam indicados a denominação social, número de pessoa coletiva, sede, objeto social, nome dos titulares dos corpos sociais e de outras pessoas com poderes para a obrigarem, conservatória do registo comercial onde se encontra matriculada e o seu número de matrícula na conservatória;*
- Declaração de Aceitação do Código de Conduta para Fornecedores, elaborada em conformidade com a minuta do Anexo V do Programa de Concurso;*

*Para análise desta matéria há que convocar as normas regulamentares do concurso, quanto às seguintes disposições (todas do Programa do Concurso):*

*N.º 2 do artigo 1.º*

*"A aquisição de serviços compreende 2 (dois) lotes, sendo admitidas propostas para um qualquer deles ou para vários deles, não sendo contudo admitidas propostas conjuntas para os 2 dois lotes. As propostas deverão ser submetidas separadamente por lote, cujos locais estão inseridos no Sistema Multimunicipal de Saneamento do Algarve (...)"*. (sublinhado nosso).

*N.º 3 do artigo 9.º*

*"Os interessados que pretendam apresentar proposta em ambos os lotes deverão apresentar propostas autónomas para cada um dos Lotes, entendendo-se como tal propostas que contenham todos os documentos exigidos nos termos do Programa do Concurso para o Lote em causa."*

*N.º 17 do artigo 9.º*

*"Para efeitos do presente procedimento, equivale à apresentação de elementos incompletos ou sem o grau de detalhe exigível, a não apresentação de qualquer dos documentos mencionados nos números anteriores."*

*Ora, desta análise das regras do procedimento e confronto com os documentos apresentados pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A., resulta claramente que a*



*proposta desse concorrente incumpra as disposições regulamentares do concurso acima mencionadas.*

*A questão subjacente é uma questão de facto, pois que se prende com a existência ou não de documentos no âmbito da proposta e, de uma análise aos termos da proposta do Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A., fica claro que o mesmo não apresentou os referidos documentos para cada uma das propostas que deveria apresentar para cada um dos lotes, em contradição com o que as regras do concurso prescreviam, como acima transcritas.*

*Ora, atendendo a que o Programa do Concurso, do ponto de vista jurídico-administrativo, assume-se no concurso como um regulamento com carácter vinculativo, onde se inscrevem, de forma imperativa, os trâmites e formalidades do procedimento adjudicatório, entende o Júri que uma eventual aceitação de propostas que violam normas regulamentares constantes do programa, violam igualmente o princípio da formalidade, assim como os princípios da imparcialidade, transparência, publicidade, igualdade e concorrência.*

*Também neste sentido, veja-se que a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos, relativa aos documentos que constituem a proposta obriga a que as propostas se encontrem constituídas pelos documentos exigidos no Programa do Concurso que contenham termos ou condições relativos a aspetos de execução do contrato não submetidos à concorrência pela entidade adjudicante.*

*Tendo em conta o critério de adjudicação fixado, verifica-se que os documentos exigidos no artigo 9.º do Programa do Concurso, constituem documentos relativos a aspetos de execução do contrato não submetidos à concorrência pela entidade adjudicante.*

*Nestes termos, o facto de a proposta não se encontrar instruída com os documentos exigidos no artigo 9.º do Programa do Concurso corresponde à apresentação de proposta que não se encontra devidamente instruída por todos os documentos exigidos ao abrigo do n.º 1 do artigo 57.º do CCP, designadamente os respeitantes à alínea c), o que consubstancia motivo de exclusão da proposta nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.*

*Adicionalmente, o facto de a proposta não se encontrar constituída com os documentos supramencionados, significa, ainda, que a mesma seja omissa quanto a termos ou condições, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 2 do artigo*



70.º, o que configura mais uma causa de exclusão da proposta, nos termos da norma citada bem como da alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

Para Jorge Andrade da Silva, "(...) reporta-se a requisitos impostos unilateralmente pela entidade adjudicante quanto a aspetos da execução, que, como tal, não são negociáveis e, conseqüentemente, submetidos à concorrência e cuja satisfação pelo concorrente, portanto, não constitui atributo da sua proposta, mas condição de adjudicação (...). Ou seja, de acordo com a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, o concorrente está obrigado a entregar "os documentos exigidos pelo programa do procedimento (...) que contenham os termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule". Assim, a omissão de termos ou condições nas propostas é fundamento para a sua exclusão, dado que os documentos apresentados pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A não permitem constituir duas propostas distintas aos dois lotes, pois que dos documentos solicitados e identificados, apenas apresentou em I exemplar, e não são suficientes e nem vêm indicados a que lote se destinam, com o que não é possível, sequer, equacionar, que os mesmos pudessem constituir uma proposta a um dos lotes, tarefa, de resto, que sempre estaria vedada ao júri e à entidade adjudicante, pois que os seus poderes de direção e conformação do procedimento concursal não vão ao ponto de dispor dos documentos apresentados ao ponto de tentar formar uma proposta completa a favor do Concorrente, acrescentando no caso que tal seria impossível porque implicaria determinar a que lote a proposta completa seria dedicado, o que significaria suprir a falta de manifestação de vontade do Concorrente.

Em face do exposto, a norma estabelecida no n.º 2 do artigo 1.º do Programa do Concurso, ao prescrever que não serão admitidas propostas conjuntas para os dois lotes, constitui uma norma regulamentar específica para efeitos do n.º 4 do artigo 132.º do CCP.

Assim, ao ter apresentado uma proposta conjunta para os 2 (dois) lotes, o concorrente violou a referida norma regulamentar, incorrendo como tal na causa de exclusão prevista na alínea n) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

Acresce que a falta dos documentos em análise não pode ser suprida mediante recurso ao artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, pois cominaria com o



*completar da proposta, na sua admissão condicional, e tal situação não está prevista legalmente o que afetaria o princípio da igualdade entre os concorrentes.*

*Por conseguinte, e face o exposto, verifica-se ainda uma clara violação nas formalidades exigidas para a apresentação das propostas, não permitindo constituir a mesma para cada um dos lotes conforme era exigido, ou mesmo, identificar qual o lote a que o concorrente se apresenta. Situação esta, que se apresenta insanável dentro dos poderes de conformação da entidade adjudicante.*

*Nestes termos, e face às disposições regulamentares previstas no Programa do Concurso, vinculativas conforme já referido, e considerando os documentos efetivamente apresentados pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. e ainda perante a violação das formalidades exigidas para apresentação das propostas, decidiu o Júri por unanimidade, que a única decisão possível face ao grau de incumprimento quanto a obrigações de apresentação de documentação, é a exclusão, das propostas apresentadas (ao Lote 1 e ao Lote 2), com fundamento nas disposições conjugadas da alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º, e alíneas d), n) e o) do n.º 2 do artigo 146.º, todas do CCP (...).»;*

- m) E ordenou as restantes propostas apresentadas para o lote 2 pela ordem constante do quadro infra, propondo a adjudicação à concorrente Be Water, S.A:



N.º do Concorrente	Designação do Concorrente	Preço Pontuação Ponderada (40%)	Nota Técnica Pontuação Ponderada (60%)	Pontuação Final das Propostas	Ordenação Final das Propostas
5	De Water, S.A.	1,421360055	4,7000	6,121360055	1.º
8	Acciona Agua, S.A.U - Sucursal Portugal	1,479234034	4,2400	5,719234034	2.º
8	Agrupamento Manvia – Manutenção e Exploração de Instalações e Construção, S.A./ Luságua – Serviços Ambientais, S.A.	0,538419571	4,3000	3,038419571	3.º
11	Agrupamento CTGA – Centro Tecnológico de Gestão Ambiental, Lda. / GIBB Portugal, Consultores de Engenharia, Gestão e Ambiente, SA, / Tâmega Engineering, S.A.	1,8828232748	1,3900	3,272823275	4.º

- n) A proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A. foi a que, em relação ao lote 2, apresentou o menor preço global (55.003.487,52 €), conforme consta do seguinte quadro comparativo:

Quadro 38 - Preço Global da Prestação de Serviços - Zona Poente - Lote II

N.º do Concorrente	Designação do Concorrente	Preço Global	Pontuação	Ponderação preço (40%)
5	Be Water, S.A.	58.478.073,60 €	3,553400139	1,421360055
8	Agrupamento Manvia – Manutenção e Exploração de Instalações e Construção, S.A./ Luságua – Serviços Ambientais, S.A.	62.945.398,56 €	1,346048928	0,538419571
9	Acciona Agua, S.A.U - Sucursal Portugal	58.147.160,64 €	3,698085085	1,479234034
10	FCC AQUALIA, S.A.	55.003.487,52 €	4,954323619	1,981729448

- o) Notificada do relatório da reunião do júri de 20/12/2019, a concorrente FCC Aqualia, S.A., pronunciou-se contra a exclusão da sua proposta;
- p) A concorrente FCC Aqualia, S.A. apresentou propostas separadas para cada um dos lotes, integrando cada uma das propostas os documentos relativos a



aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, mencionados na alínea c) do n.º 7 do artigo 9.º do programa do concurso;

q) E anexou à submissão das duas propostas apenas um exemplar dos documentos a que se referem as alíneas a), b), d.i. e d.iii, do referido artigo 7.º do Programa do Concurso;

r) O júri reuniu de novo, em 10/01/2020, mantendo a proposta de exclusão das propostas da concorrente FCC Aqualia, S.A., nos termos constantes da respetiva ata, de que reproduzem os seguintes excertos:

*«(...) vem o Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, SA. pronunciar-se quanto à projetada exclusão da sua proposta por ausência de documentos essenciais, contestando a justificação de tal decisão com vários argumentos.*

*Em primeiro lugar, a Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. entende que o determinado no artigo 9.º, n.º 3 do Programa do Concurso, ao exigir aos interessados que pretendam apresentar proposta em ambos os lotes apresentem propostas autónomas para cada um desses, acrescentando "entendendo-se como tal propostas que contenham todos os documentos exigidos nos termos do Programa do Concurso para o Lote em causa" terá de ser interpretado e aplicado como significando que apenas há o dever de apresentar documentos que sejam inerentes aos atributos, termos e condições que caracterizam as condições de execução do contrato relativas ao lote em causa, com o que conclui que não seria exigido que outros documentos — como sejam o Documento Europeu Único de Contratação Pública ("DEUCP"), a Declaração de Lote preferencial a adjudicar caso os interessados concorram a mais do que um lote, a Declaração respeitante à proponente com indicação de denominação social, número de pessoa coletiva, sede, objeto social, nome dos titulares dos corpos sociais e de outras pessoas com poderes para obrigarem, conservatória do registo comercial onde está matriculada e o seu número de matrícula na conservatória, e a Declaração de Aceitação do Código de Conduta para Fornecedores — todos em falta, seriam obrigatórios apresentar em duplicado, ou seja, para cada um dos lotes a que concorre.*



*Para tanto, a Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. considera que, tratando-se de um único procedimento, a ausência de apresentação de tal documentação em duplicado não contende com a apreciação da proposta ou propostas apresentadas. A Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A., arrima ainda em sua defesa uma passagem do Regulamento de Execução (EU) 2016/7 da Comissão, de 5 de janeiro de 2016, nos termos do qual refere, relativamente ao DEUCP, que: "Se os contratos forem divididos em lotes e os critérios de seleção divergirem consoante os lotes, deve ser preenchido um DEUCP para cada lote (ou para cada grupo de lotes com os mesmos critérios de seleção", daí retirando que o Regulamento em causa impõe que, no caso inverso, ou seja, quando existam vários lotes, mas relativamente aos quais o critério de seleção seja o mesmo, apenas haverá que preencher e apresentar um único DEUCP, não podendo contra essa determinação em Regulamento ser atirada norma em Programa de Concurso porque constituiu fonte normativa superior.*

*A Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. vem ainda arguir, para a circunstância de não ser entendido como provida a sua tese anterior, que a falta de apresentação da documentação em causa não foi estabelecida no Programa de Concurso como causa de exclusão (isto é, a falta de apresentação em duplicado dos documentos em causa), com o que estaremos perante uma preterição de formalidade não essencial. Em face de uma qualificação da falha em causa como uma preterição de formalidade não essencial, entende a Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. que sempre haveria o dever de, previamente a uma decisão de exclusão, lançar mão do artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos e do artigo 13.º do Programa de Concurso para fins de se permitir à concorrente levar a cabo a supressão da irregularidade, pela apresentação da documentação em falta.*

*(...)*

*Para fins de análise e resposta à pronúncia apresentada pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A., importa retomarmos, em primeiro lugar, o que ficou consagrado no anterior relatório, notificado aos concorrentes para fins de audiência prévia.*

*(...)*

*O Júri em análise à reclamação em apreço, concluiu que, está em causa a não apresentação, para cada um dos lotes, dos documentos previstos no n.º 7 do artigo 9.º e, correlativamente, a violação dos artigos 1.º, n.º 2, e 9.º, n.º 3, todos do Programa do Procedimento.*



*Efetuada a devida análise à reclamação apresentada e após nova verificação das propostas, constata-se que assiste razão à pronunciante Concorrente n.º 9 Acciona Agua, S.A.U. — Sucursal Portugal, pois que o Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. apresentou apenas 1 documento para os dois lotes a concurso, quanto aos seguintes documentos solicitados nos termos do concurso acima vistos e conforme já referido:*

- Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) elaborado em conformidade com o anexo IV do Programa de Concurso;*
- Declaração de Lote preferencial a adjudicar caso os interessados concorram a mais do que um lote, elaborado em conformidade com minuta do Anexo IX do Programa de Concurso;*
- Declaração respeitante a cada uma das suas empresas constituintes, na qual sejam indicados a denominação social, número de pessoa coletiva, sede, objeto social, nome dos titulares dos corpos sociais e de outras pessoas com poderes para a obrigarem, conservatória do registo comercial onde se encontra matriculada e o seu número de matrícula na conservatória;*
- Declaração de Aceitação do Código de Conduta para Fornecedores, elaborada em conformidade com a minuta do Anexo V do Programa de Concurso;*

*Para análise desta matéria o Júri convocou as normas regulamentares do concurso, quanto às disposições do Programa de Procedimento, já explanadas anteriormente. Ora, observados os argumentos apresentados pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, SA na sua audiência prévia mais recente, não se vê como possam os mesmos alterar. Em primeiro lugar, há que referir que a interpretação e aplicação do n.º 3 do Artigo 9.º do Programa de Procedimento sustentada pelo Concorrente 10 FCC Aqualia, S.A., no sentido de a determinação aí contida se aplicar apenas a documentos que possam conter resposta a atributos, termos ou condições que caracterizem as condições de execução do contrato relativas ao lote em causa.*

*Pelo contrário a mera leitura do n.º 3 do artigo 9.º do Programa de Procedimento determina que não haja exceção ou distinção quanto aos documentos que tenham de compor a proposta e que estejam em falta, para fins de provocar a exclusão de propostas: "Os interessados que pretendam apresentar proposta em ambos os lotes deverão apresentar propostas autónomas para cada um dos Lotes, entendendo-se como tal propostas que contenham todos os documentos exigidos nos termos do Programa do Concurso para o Lote em causa." (negrito nosso).*



*Aliás, uma leitura concertada - portanto sistemática — dos termos do Programa de Procedimento, designadamente aquelas acima referidas, permite comprovar que não houve intenção de consagrar a exclusão apenas para os casos em que possam estar ausentes documentos referentes a atributos, caso contrário tal seria dito e não teria sido consagrado que haveria que apresentar todos os documentos exigidos no Programa de Concurso em cada um dos Lotes.*

*De facto, o n.º 17 do artigo 9.º do Programa de Procedimento, quando refere: "Para efeitos do presente procedimento, equivale à apresentação de elementos incompletos ou sem o grau de detalhe exigível, a não apresentação de qualquer dos documentos mencionados nos números anteriores", também não faz distinção entre que documentos se possam considerar abrangidos por tal limitação e quais não estejam, o que comprova que a posição ensaiada pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. na sua audiência prévia não tem adesão possível ao nível dos normativos que regulam o concurso.*

*Em consequência, não se pode considerar que este argumento do Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. possa contrariar o que consta do Relatório dado para audiência, no sentido de serem excluídas as propostas de tal concorrente.*

*O Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. convoca, também, em seu favor uma passagem do Regulamento de Execução (UE) 2016/7 da Comissão, de 5 de Janeiro de 2016 ("Se os contratos forem divididos em lotes e os critérios de seleção divergirem consoante os lotes, deve ser preenchido um DEUCP para cada lote (ou para cada grupo de lotes com os mesmos critérios de decisão)", no sentido de concluir que quando os procedimentos forem divididos em lotes, mas os critérios de seleção não divergirem, «apenas deverá ser preenchido um DEUCP para os vários lotes», o que leva esse concorrente a afirmar que não pode uma regra constante do Programa de Procedimento impor-se a uma regra constante de um tal regulamento comunitário. O extrato que o concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. coloca em evidência no Regulamento de Execução (EU) 2016/7, da Comissão, de 5 de Janeiro de 2016 respeita unicamente ao DEUCP e não aos demais documentos ausentes, com o que não tem por efeito, ainda que o concorrente pudesse estar correto quanto à ilação que pretende retirar a contrario sensu, afastar a violação dos preceitos do Programa de Procedimento no que toca aos demais documentos em falta, o que sempre levaria à conclusão já extraída em Relatório anterior, apenas com exclusão dessa conclusão do DEUCP.*



*Porém, não se mostra correto o entendimento do Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. quanto ao que pretende deduzir por interpretação contrária da referida passagem do Regulamento de Execução em causa.*

*O Regulamento de Execução contém instruções aos Estados-Membros para que estes possam executar a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, o qual vem implementar os modelos do DEUCP, não sendo, por isso, um Regulamento comunitário que imponha uma disciplina, mas antes um regulamento que visa dar consecução a essa Diretiva e, nessa medida, inclui um conjunto de "Instruções" que correspondem a conselhos ou recomendações ou opções aos Estados-Membros, incluindo-se entre essas a possibilidade em causa, ou seja: "Se os contratos forem divididos em lotes e os critérios de seleção divergirem consoante os lotes, deve ser preenchido um DEUCP para cada lote (ou para cada grupo de lotes com os mesmos critérios de seleção)".*

*O Regulamento de Execução não diz, nem permite intuir o contrário do estabelecido, pois que o que dispõe é sobre a possibilidade de os Estados Membros disporem na sua legislação nacional no sentido de quando existam lotes cujos critérios de seleção sejam idênticos, apenas ser exigido um DEUCP, mas tal não corresponde a uma imposição legal, nem é determinado em ponto algum que quando existam lotes a concurso com critérios de seleção idênticos, só se poderá exigir um DEUCP.*

*Essa conclusão que o Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. pretende retirar, no sentido de a regra de sentido contrário à passagem reproduzida ser de teor imperativo não existe no texto do Regulamento em causa e o sentido da passagem em causa não vai no sentido de se estabelecer como uma regra de efeito imediato, mas sim uma recomendação (sob o título de "instruções") a ser empregue pelos Estados-membros na criação da sua legislação, caso o entendam.*

*Dessa forma, não se pode considerar que o invocado pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. tenha por alcance afastar a exclusão das propostas quanto à ausência de documentos que não o DEUCP, já que a passagem do Regulamento de Execução apenas respeita a esse documento e, mesmo quanto a esse, não tem o alcance de impor imediatamente uma disciplina, com o que não tem por efeito afastar a aplicação das regras do Programa de Procedimento em causa.*



*Por fim e a título subsidiário, o Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. vem invocar a teoria da preterição de formalidades não essenciais, com o fito de sustentar que haveria falha procedimental por parte da Entidade Adjudicante ao não aplicar a possibilidade de supressão de irregularidades, mediante o raciocínio que os documentos em causa não são essenciais para caracterizar as propostas e, portanto, não seriam essenciais para fins da existência e admissibilidade da proposta.*

*Não pode o Júri acompanhar a construção que o Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. pretende esgrimir a título subsidiário, na medida em que as disposições do Programa de Procedimento acima vistas e reproduzidas são claras na determinação que é exigência da apresentação de todos os documentos solicitados no Programa de Procedimento para cada um dos lotes, quando o concorrente apresente proposta a ambos.*

*Essas passagens do Programa de Procedimento garantem que os documentos em causa não se podem considerar como "formalidades não essenciais", por força, exatamente dessa disciplina criada e isso já com o abono em prol da tese da Concorrente que à falta de documentos em causa quadra o conceito de "formalidades". O Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. reclama, por conseguinte, a aplicação do n.º 3 do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos e do artigo 13.º do Programa de Procedimento fora do quadro de aplicação de tais preceitos como forma de salvar as suas propostas, mas tal tese não colhe perante a existência de normas claras e evidentes, - que nessa parte não contestou nem impugnou quando para tal teve oportunidade — quanto à obrigatoriedade de apresentação de tais documentos sob pena de exclusão.*

*De resto, na sua audiência prévia, o Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. não endereça qualquer argumento quanto à questão magna subjacente à ausência de documentos (sendo que em audiência prévia os concorrentes são livres de estruturarem as suas audiências com os argumentos que considerem convenientes), questão essa referente à impossibilidade do Júri — e para tal efeito da Entidade Adjudicante — substituir-se ao concorrente e determinar a que lote os documentos apresentados em exemplar único (e não em 2 exemplares) se poderiam aplicar, o que provoca a impossibilidade jurídica de se considerar que exista qualquer proposta completa e, nessa medida, porque as regras do concurso implicam que propostas incompletas sejam excluídas, não se vê como possa ser outra a solução a impor no*



*caso, por imperativos de cumprimento de legalidade, que não seja a da exclusão das propostas deste concorrente.*

*Conclui-se, portanto, e face a todos os argumentos acima analisados pela manutenção do apontado no Relatório anterior, com exclusão das propostas apresentadas pelo Concorrente n.º 10 FCC Aqualia, S.A. e pela manutenção do demais aí exposto quanto à ordenação das propostas admitidas em cada um dos lotes.»*

- s) Por deliberação de 15/01/2020, o conselho de administração da adjudicante Águas do Algarve, S.A. aprovou o relatório final do júri do concurso, de 10/01/2020, adjudicou o lote 1 à concorrente Acciona Agua, S.A.U – Sucursal Portugal, e o lote 2 à concorrente Be Water, S.A., e aprovou as minutas dos respetivos contratos;
- t) O contrato relativo ao lote 1, celebrado com a concorrente Acciona Agua, S.A.U – Sucursal Portugal, foi visado em 11/03/2020 (proc. n.º 403/2020);
- u) A concorrente FCC Aqualia, S.A. instaurou no Tribunal Administrativo e Fiscal de Loulé ação administrativa de contencioso pré-contratual, impugnando a adjudicação do lote 2 à concorrente Be Water, S.A, que corre termos sob o n.º 54/20.BELLE;
- v) Por decisão proferida no referido processo, em 2/10/2020, foi deferido o levantamento do efeito suspensivo do ato impugnado.

## **– DE DIREITO**

### **A) Da pretensão de alteração da matéria de facto**

Pretende a recorrente modificar a matéria de facto por *aditamento de novo facto*. Sobre a temática da *reapreciação da matéria de facto* em sede de *recurso* das decisões proferidas em processos de fiscalização prévia instaurados no Tribunal de Contas importa ter presente os seguintes condicionalismos legais:



- Em primeiro lugar, no que respeita ao *regime processual específico* deste Tribunal estabelecido na sua legislação própria (LOPTC), concretiza o artigo 99.º, n.º 5, que «em qualquer altura do processo o relator poderá ordenar as diligências indispensáveis à decisão do recurso», o que possibilita a obtenção oficiosa de novos elementos probatórios, não considerados pela instância *a quo*. Por sua vez, o artigo 100.º, n.º 2, do mesmo diploma, prevê que «nos processos de fiscalização prévia o Tribunal pode conhecer de questões relevantes para a concessão ou recusa do visto, mesmo que não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, se suscitadas pelo Ministério Público no respetivo parecer, cumprindo-se o disposto no n.º 3 do art.º 99.º».

Em segundo lugar, há que atender ao estabelecido sobre a matéria no regime processual civil, por força da aplicação supletiva das normas do Código de Processo Civil ao processo no Tribunal de Contas, nos termos do artigo 80.º da LOPTC.

- Atente-se, designadamente ao disposto no artigo 640.º do Código de Processo Civil, que dispõe o seguinte:
  - «1 - Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:
    - a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;
    - b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo (...), que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida;
    - c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.»
- Sobre a matéria relembra-se ainda o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Contas citando-se o Acórdão n.º 22/2020 – 1.ª S/PL, de 22 de abril:

20. Atenta essa ampla aplicação subsidiária do regime processual civil, será de ter em conta o traço essencial de tal regime, logo declarado no preâmbulo do diploma instituidor da *impugnabilidade quanto à matéria de facto* em processo civil (o Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/2), nos seguintes termos: «A garantia do duplo grau de jurisdição em sede de matéria de facto nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência – visando apenas a deteção e correção de pontuais, concretos e seguramente excepcionais erros de julgamento». E, na derivação desse *programa* legal, foi construindo a *jurisprudência cível* um quadro de *parâmetros* da referida impugnabilidade, que se podem condensar em



duas *asserções* essenciais: por um lado, a noção de que a garantia do duplo grau de jurisdição não pode subverter o princípio da livre apreciação da prova; por outro, a ideia de que a instância de recurso não deve ir além de um juízo sobre a razoabilidade da convicção probatória formada em 1.ª instância, face aos elementos disponíveis nos autos. Sintetizando essa orientação, afirmou-se que aqui se trataria, conforme formulação colhida em TEIXEIRA DE SOUSA, de «*através das regras da ciência, da lógica e da experiência, (...) controlar a razoabilidade daquela convicção [formada em 1.ª instância] sobre o julgamento do facto como provado ou não provado*»<sup>1</sup>.

21. Acolhendo o sentido global da extensa *jurisprudência cível* produzida sobre a matéria em apreço, também neste Tribunal se sedimentou o entendimento de que «[o]s poderes de alteração da decisão da 1.ª instância sobre a matéria de facto só devem usar-se em situações excecionais e devem restringir-se aos casos de flagrante desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e aquela decisão, nos concretos pontos questionados» (assim se expressa o Acórdão n.º 18/2008, de 16/12, do Plenário desta 1.ª Secção<sup>2</sup>). E, na ponderação dos dois mencionados núcleos normativos (da LOPTC e do CPC) aplicáveis aos recursos de decisões de recusa de visto proferidas em fiscalização prévia, tem sido afirmado, em diversos arestos, o seguinte: «(...) os poderes conferidos pelos preceitos transcritos, sendo mais vastos do que aqueles que ocorrem, em regra, em sede de processo civil, permitem que o Tribunal de Contas aborde, em recurso, questões com uma conexão fáctica e/ou de direito direta com o [ato ou] contrato que foi presente ao Tribunal, mesmo quando essas questões não tenham sido abordadas na decisão recorrida» (neste sentido, com esse ou similar enunciado, cfr., entre outros, e para além do já citado, os Acórdãos do Plenário da 1.ª Secção sob os n.ºs 11/2008, de 18/7, 8/2011, de 12/4, 10/2014, de 24/6, e 2/2015, de 13/13). Essa orientação significa, na prática, que tais poderes «(...) têm, em regra, de se restringir ao pedido de concessão do visto ao [ato ou] contrato e à sua causa de pedir (factos integradores dos fundamentos pelos quais se pede a concessão do visto) talqualmente estes são presentes em sede de 1.ª instância» (assim, Acórdão n.º 11/2008 citado) e que «essa [alteração ou] ampliação não pode comportar um conteúdo tão amplo que envolva uma nova reapreciação das questões em discussão, nomeadamente que não seja indispensável ou relevante, e que, sobretudo, permita concluir que se está, ainda, dentro do mesmo objeto do recurso em apreciação» (assim, Acórdãos n.ºs 10/2014 e 2/2015 citados). Em suma, e como se afirma genericamente nesses arestos, é de sustentar que «(...) as matérias ou

<sup>1</sup> *šp š š š*, *š š € t ² š t x t š* ' 3/4<sup>o</sup>  
<sup>2</sup> *š š t* *p, p š p*  
<sup>3</sup> *š š š* *p, p š p*



*questões [novas] devem revelar-se indispensáveis à decisão do recurso ou relevantes para a concessão ou recusa do visto».*

**12** Apreciemos, então, a mencionada pretensão da recorrente de *aditamento de novos factos* à factualidade declarada como provada.

**13** Alega a recorrente que procede à *«impugnação da matéria de facto, por relação aos documentos que constituem “aspectos de execução do contrato não submetidos à concorrência” constante das alíneas d.1 e d.iii do n.º 7 do art. 9.º do Programa do Concurso, por omissão da sua inclusão na matéria de facto provada (assente) como correspondendo a documentos contendo “termos ou condições relativos a aspectos da execução do contrato, não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule»*, e que

*«Esta impugnação da matéria de facto por omissão, é relevante para os autos, na medida em que na parte respeitante ao “Direito”, ponto 18 de págs. 25 do Acórdão Recorrido, é afirmado explicitamente que o documento a que se refere a alínea d.iii) do n.º 7 do art. 9.º do Programa do Concurso não se enquadra na alínea c) do n.º 1 do art. 57.º do Código dos Contratos Públicos, por não ser um documento que contenha termos ou condições relativos a aspectos da execução do contratos não submetidos a concorrência».*

**14** Como nota prévia convém sublinhar que, no âmbito dos processos de fiscalização prévia, se tem por assente que a matéria de facto abrange não só aquela que é especialmente identificada nos acórdãos do Tribunal de Contas mas igualmente a que resulta expressa ou implicitamente dos documentos que fazem parte integrante do respetivo processo, nomeadamente toda a documentação atinente ao contrato e ao respetivo procedimento pré-contratual.

**15** Como bem se refere no supramencionado Acórdão n.º 22/2020 – 1.ª S/PL, de 22 de abril:

*b) Daqui se infere para o caso presente que, em bom rigor, é dispensável uma tal transcrição expressa (integral ou não) de peças do procedimento, designadamente do anúncio do concurso e do programa do procedimento. Dito de outro modo: todos os elementos documentais que constituam parte integrante do procedimento pré-contratual e que constem*



*do processo são necessariamente parte constituinte dele e são plenamente invocáveis pelos intervenientes processuais enquanto suporte da sua argumentação jurídica, independentemente da sua inscrição (ou não) na factualidade provada. É certo que a própria instância a quo entendeu transcrever um conjunto extenso de trechos do contrato, do anúncio ou do procedimento, certamente como expressão de uma certa técnica enunciativa da matéria de facto – mas sem que uma tal opção pudesse ter a virtualidade de excluir a possibilidade de os intervenientes processuais utilizarem qualquer componente não transcrita ou não expressamente mencionada dos elementos documentais do procedimento para sobre eles discorrer argumentativamente nas peças de sua autoria. Questão diversa será saber qual a relevância dos concretos segmentos invocados e não expressamente enunciados desses elementos documentais – sendo certo, porém, que tais segmentos merecerão a necessária ponderação no quadro da avaliação jurídica da argumentação que neles se sustente, sem qualquer restrição ou limitação decorrente dessa sua omissão na descrição da matéria de facto.*

**13/4** Ora, no caso concreto, não se percebe o alcance da pretensão da recorrente uma vez que já resulta da matéria de facto do acórdão recorrido (a fls 2 a 4), a menção pretendida e que aqui se reproduz:

*<d) No artigo 9.º, sob a epígrafe “Apresentação e documentos das propostas”, na parte que releva para a apreciação do presente pedido de fiscalização prévia, estabeleceu-se que:*

*<<(…)*

*3. Os interessados que pretendam apresentar proposta em ambos os lotes deverão apresentar propostas autónomas para cada um dos Lotes, entendendo-se como tais propostas que contenham todos os documentos*

*exigidos nos termos do Programa do Concurso para o Lote em causa.*

*(…)*

**7. A proposta deve ser instruída pelos seguintes documentos:**

*(…)*

***d. Os seguintes documentos, contendo os termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato, não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule:***

*d.1) Declaração respeitante a cada uma das suas empresas constituintes, na qual sejam indicados a denominação social, número de pessoa coletiva, sede, objeto social, nome dos titulares dos corpos sociais e de outras pessoas com poderes para a obrigarem, conservatória do registo comercial onde se encontra matriculada e o seu número de matrícula nessa conservatória;*

*(…)*



*d.iii) Declaração de Aceitação do Código de Conduta para Fornecedores, elaborado em conformidade com a minuta que constitui o ANEXO V do Programa do Concurso e que dele faz parte integrante.*

(...» (destacado nosso)

- Donde se nos afigura não ser de atender a pretensão da recorrente de integração, no enunciado da *factualidade provada*, de quaisquer outros trechos de elementos documentais respeitantes ao procedimento pré-contratual, por manifesta *desnecessidade*.

**B) Dos motivos da recusa de visto: da (i)legalidade da exclusão da proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A., e o consequente impacto na alteração do resultado financeiro do contrato**

- A questão nuclear do acórdão que recusou o visto ao contrato em apreço relaciona-se com a (i)legalidade da exclusão da proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A. e o consequente impacto dessa decisão na alteração do resultado financeiro do contrato.
- De acordo com o relatório preliminar de análise de propostas, de 09/08/2019 e após a pronúncia dos concorrentes em sede de audiência prévia (cfr. alíneas h) e i) da matéria de facto), o júri deliberou, em 26/09/2019, graduar em primeiro lugar a proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A.
- Posteriormente, na sequência da impugnação dessa graduação, por parte de outras concorrentes, em 20/12/2019, o júri deliberou no sentido da exclusão da proposta da concorrente FCC AQUALIA, S.A., em síntese, pelo facto de esta concorrente, apesar de ter concorrido a ambos os lotes (1 e 2), apenas ter apresentado um único conjunto documental para os dois lotes a concurso, quanto aos seguintes documentos exigidos:
  - Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP)
  - Declaração do Lote preferencial



- Declaração respeitante a cada uma das empresas constituintes
- Declaração de aceitação do Código de Conduta para Fornecedores

**21** Analisando o programa de concurso, verificamos que, nos termos do seu artigo 9.º, n.º 7, eram exigidos os seguintes documentos da proposta:

- a) Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP)
- b) Declaração do Lote preferencial
- c) Documentos que contenham os atributos da proposta relativos a aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência:
  - c.i) Declaração de Preço da proposta
  - c.ii) Memória descritiva e justificativa de valores apresentados (aumento da eficiência e produção de energia)
  - c.iii) Memória descritiva e justificativa de valores apresentados (aumento do teor da matéria seca nas lamas desidratadas)
  - c.iv) Memória descritiva e justificativa de valores apresentados (melhoria do estado de funcionamento do sistema de ventilação, renovação de ar contaminado, etc.)
  - c.v) Memória descritiva e justificativa de valores apresentados (outras melhorias)
- d) Documentos que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência:
  - d.i) Declaração respeitante a cada uma das empresas constituintes (com indicação da denominação social, número de pessoa coletiva, sede, objeto social, nome dos titulares dos corpos sociais e de outras pessoas com poderes para a obrigarem, conservatória do registo comercial onde se encontra matriculada e número de matrícula)  
(...)
  - d.iii) Declaração de aceitação do Código de Conduta para Fornecedores –  
*Anexo V do Programa de Concurso*

**22** Por outro lado, o n.º 3 do artigo 9.º do Programa de Concurso previa expressamente que «Os interessados que pretendam apresentar proposta em ambos os lotes deverão apresentar propostas autónomas para cada um dos lotes, entendendo-se como tais



*propostas que contenham todos os documentos exigidos nos termos do Programa do Concurso para o lote em causa».*

- 23** O concorrente FCC Aqualia, S.A. concorreu efetivamente aos lotes 1 e 2 apresentando propostas autónomas para cada um dos lotes. E dessas distintas propostas constavam, respeitando a especificidade de cada lote, os documentos exigidos na alínea c) do n.º 7 do artigo 9.º do Programa de Concurso, ou seja, os documentos que continham os atributos da proposta relativos a aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência, designadamente o preço e as memórias descritivas e justificativas da proposta.
- 21/4** E terá enviado, por uma questão de simplificação um único exemplar dos restantes documentos, ou seja, do DEUCP, da declaração de lote preferencial e os documentos que continham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, ou seja, a declaração identificativa da empresa e a declaração de aceitação do Código de Conduta para Fornecedores.
- 21/2** É verdade que segundo uma leitura restritiva e estritamente formalista da norma do n.º 3 do artigo 9.º do Programa de Concurso, podemos ser levados a considerar que as propostas da concorrente FCC Aqualia, S.A. estariam incompletas por não conterem, cada uma delas, em duplicado, todos os documentos exigidos no programa de concurso.
- 23/4** Porém, como a concorrente argumentou em sede de audiência prévia, apresentou de facto duas propostas autónomas – designadamente no que se refere aos elementos sujeitos a avaliação e submetidos à concorrência (documentos referidos na alínea c) do artigo 9.º do programa do concurso) – tendo optado, por uma questão de simplificação processual, por enviar juntamente com as mesmas um único exemplar dos restantes documentos exigidos.
- 2** Donde nos parece excessivo extrair a conclusão, como fez a recorrente, de que a empresa FCC Aqualia, S.A. não apresentou todos os documentos exigidos pelo programa de concurso. De facto, apresentou-os, ainda que numa análise



estritamente formalista da questão, se possa considerar que, para que não restassem dúvidas, poderia tê-los remetido em duplicado.

- 20 O próprio júri do concurso, num primeiro momento, desvalorizou a questão e avaliou autonomamente as referidas propostas da concorrente FCC Aqualia, S.A., tendo inclusive graduado em primeiro lugar a proposta desta no que se refere ao lote 2, o que demonstra que tal situação não foi impeditiva do processo avaliativo das propostas, dado que dispunha de todos os documentos exigidos pelo programa de concurso.
- 21 Apenas resolveu excluir tais propostas após a reclamação feita por outras concorrentes em sede de audiência prévia, adotando, nesse momento, uma análise puramente formalista das mesmas.
- 22 E fundamentou tal exclusão no entendimento de que, ao não autonomizar determinados documentos em ambas as propostas, tal tem o mesmo significado que *“a apresentação de proposta que não se encontra devidamente instruída por todos os documentos exigidos ao abrigo do n.º 1 do artigo 57.º do CCP”*.
- 23 Discordamos de tal entendimento, subscrevendo na íntegra a decisão recorrida segundo a qual a proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A. para o lote 2 (a única em apreciação neste caso) foi indevidamente excluída, o que impactou inelutavelmente no resultado final da adjudicação.
- 24 Atente-se que, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, do CCP, proposta é a *«declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo»*. E a concorrente FCC Aqualia, S.A. apresentou efetivamente uma proposta para o lote 2.
- 25 Mais, apresentou autonomamente na sua proposta para o lote 2 os documentos fundamentais para efeitos de avaliação, ou seja, os documentos contendo os atributos da proposta. Relembre-se o conceito de atributos da proposta constante do n.º 2 do artigo 56.º do CCP: *«entende-se por atributo da proposta qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos»*. Trata-se dos documentos exigidos nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP.



- 31/4** Remeteu igualmente à entidade adjudicante os documentos previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP, ou seja, os documentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule. Neste caso, remeteu apenas um exemplar embora adstrito a ambas as propostas, o que terá motivado a sua exclusão.
- 31/2** Efetivamente, estabelece o artigo 70.º, n.º 2, al. a) do CCP, que devem ser excluídas as propostas que *«não apresentam algum dos atributos ou algum dos termos ou condições, nos termos, respetivamente, do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 57.º»*.
- 33/4** Ora, o entendimento do júri do concurso, sufragado pela recorrente, foi o de que a apresentação de um único conjunto de documentos para ambas as propostas equivale à sua não apresentação, o que justifica a sua exclusão nos termos do supracitado artigo 70.º, n.º 2, al. a) do CCP.
- 3** Discorda-se de tal entendimento, uma vez que não é correto afirmar que a concorrente FCC Aqualia, S.A. não apresentou os documentos que continham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule. A verdade é que os apresentou, embora eventualmente se possa considerar que o fez, no plano meramente formal, da forma menos indicada.
- 3.º** Mas tal não permite afastar o principal da questão relacionada com tais documentos, ou seja, exigir que o concorrente se vincule a determinados termos ou condições impostos pela entidade adjudicante, ainda que relacionados com aspetos não submetidos à concorrência. É que, ainda que tenha remetido um único conjunto documental acompanhando ambas as propostas, a concorrente FCC Aqualia, S.A. não deixa de se vincular a tais termos e condições, quer relativamente ao lote 1, quer ao lote 2.



- 3** Independentemente duma análise mais ou menos formalista da questão, o que prevalece, a nosso ver, é que não existe *in casu* fundamento para uma exclusão automática da referida proposta.
- ¼°** É que o Código dos Contratos Públicos (CCP) dispõe hoje – após a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto - de um instrumento fundamental para evitar exclusões desproporcionais de propostas e candidaturas, como sucedia anteriormente, ditadas por questões de índole meramente formal e que chocam frontalmente com a salvaguarda dos princípios do interesse público, da concorrência e da transparência.
- ¼¹** Trata-se do instituto previsto no artigo 72.º do CCP (“Esclarecimentos e suprimento de propostas e candidaturas”), segundo o qual «1- O júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito da análise e da avaliação das mesmas.». Para além de que se passa a admitir o suprimento de formalidades não essenciais, considerando-se como tais aquelas cujo suprimento não afeta a concorrência e a igualdade de tratamento, permitindo, ao invés, “recuperar” ou “salvar” propostas que satisfazem o interesse público, sem lesar a sã concorrência entre candidatos ou concorrentes.
- ¼²** Motivo pelo qual se subscreve inteiramente a decisão recorrida quando refere que «23. (...) a entender-se que o programa de concurso, num excesso de formalismo, exigia que as propostas apresentadas integrassem não só os documentos específicos para cada lote, mas também, em duplicado, os documentos comuns às duas propostas, a exclusão nunca poderia ser imediata, tendo aqui aplicação plena o regime do convite ao suprimento de formalidades não essenciais previsto no artigo 72.º, n.º 3, do CCP, reproduzido no artigo 13.º, n.º 3, do programa de concurso».
- ¼³** Relembre-se – porque é decisivo para a apreciação da questão - que estamos no âmbito de um mesmo procedimento aquisitivo, embora dividido em vários lotes, e que os documentos em causa apenas contêm termos ou condições a que a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule e não os documentos que contêm os atributos da proposta submetidos à concorrência.



**1/4** Discorda-se, pois, dos argumentos do júri, secundados pela recorrente, segundo os quais não seria possível o recurso ao artigo 72.º do CCP, pois tal significaria a violação dos princípios da imparcialidade, igualdade, da transparência ou da concorrência, por via da atribuição de vantagem ao concorrente na alteração da sua proposta.

**1/4** Em boa verdade, o exercício de tal direito permitiria à concorrente FCC Aqualia, S.A. apenas confirmar que os documentos em causa se relacionam com ambas as propostas e, se se entendesse como necessário, solicitar-lhe a remessa de nova cópia autónoma dos referidos documentos para afetação exclusiva ao lote 2. E sem que existisse lugar a qualquer alteração do seu conteúdo, portanto, sem qualquer reflexo no plano da concorrência e da transparência.

**1/4** Recupera-se neste domínio o que se escreveu sobre a matéria no Acórdão n.º 44/2020-1.ª S/SS, de 02.11.2020:

«O princípio da intangibilidade ou imutabilidade das propostas<sup>4</sup>, enquanto subsidiário do princípio da concorrência, não é posto em causa pelo exercício de um direito ao esclarecimento ou clarificação das propostas apresentadas, desde que tal direito seja exercido “em busca da verdade”, mediante a apresentação de dados objetivos, nomeadamente tendo por base documentos ou dados preexistentes à data da apresentação da proposta (...).

O próprio CCP acolheu este princípio ao estabelecer no artigo 72.º, que:

*“1- O júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito de análise e da avaliação das mesmas.*

*2- Os esclarecimentos prestados pelos respetivos concorrentes fazem parte integrante das mesmas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respetivos atributos, nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º (...).”*

---

<sup>4</sup> , š ð ð t ð š ð š p ð š p ð p –š š p t t p ð ð š š p , š ð , , ,



(...)

Uma vez mais se discorda da argumentação da entidade fiscalizada, dado que o recurso ao disposto no artigo 72.º do CCP permitiria esclarecer as dúvidas e aparentes contradições, em busca da verdade material, com base em dados objetivos – fossem eles relatórios de testes aos equipamentos feitos por laboratórios acreditados, fosse mediante declarações ou documentos adicionais do fabricante – o que é bem diferente de introduzir alterações nos atributos das propostas.<sup>5</sup>

(...)

No caso concreto, ao recusar intencionalmente o recurso ao instituto do artigo 72.º do CCP, tendo em vista “a verdade material”, a entidade adjudicante violou o princípio da imparcialidade consagrado no artigo 266.º, n.º 2 da CRP e no artigo 9.º do CPA, segundo o qual, *“a Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção.”*

(...)

Foi o que sucedeu, no caso concreto, com óbvios reflexos na decisão final de adjudicação.»

### C) Das consequências da exclusão indevida da proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A.

**1/4** De tudo o que antecede resulta que, conforme concluiu o acórdão recorrido, a exclusão da proposta da concorrente FCC Aqualia, S.A., no que respeita ao lote 2, sem fundamento legal, se revelou violadora dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da concorrência, pois afastou do concurso uma proposta que, a ser admitida, como deveria ter sido, se revelaria vencedora do procedimento concursal em causa.

---

<sup>5</sup> § 21/2

- ¼ Para tal conclusão não é igualmente despidendo o facto da proposta excluída apresentar um preço inferior à vencedora em 3.474.586,08€, pelo que a mencionada exclusão, por motivos excessivamente formalistas, não cuidou de salvaguardar os princípios relacionados com a boa despesa pública.
- ¼ Tal ilegalidade impactou, pois, no resultado financeiro do contrato, situação que constitui motivo de recusa de visto nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

### III – DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto ao contrato supra identificado.

São devidos emolumentos pela recorrente, nos termos do artigo 16.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, 23 de fevereiro de 2021

Os Juízes Conselheiros,

---



(Fernando Oliveira Silva, relator)

---

(Helena Abreu Lopes)

---

(José Santos Quelhas)