



15 2022

1.ª Secção – PL

Data: 17/05/2022

Recurso Ordinário: 2/2022-
RO-SRM – 1ª Secção

Processo: 141/2021

RELATOR: Miguel Pestana de Vasconcelos

NÃO TRANSITADO

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

I. RELATÓRIO

- 1 A Direção Regional do Património (DRP) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 5/2022-FP/SRMTC, de 01 de fevereiro de 2022, que recusou o visto ao “contrato de aquisição de serviços de aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o Governo Regional da Madeira”, outorgado a 12 de novembro de 2021 entre a Direção Regional do Património, através da Secretaria Regional das Finanças, e a empresa *Caldeira Costa & Companhia, Unipessoal, Lda.*, pelo preço contratual de 3.797.232,00€ (s/IVA).
- 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 ter a entidade adjudicante estabelecido nas alíneas a), b), e) e f) do artigo 12.º do programa do procedimento requisitos mínimos de capacidade técnica inadequados, desnecessários e desequilibrados ou irrazoáveis, tendo presente o objeto do contrato a celebrar, em violação do n.º 1 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).
- 3 Por despacho proferido em 18/02/2022, foi a DRP notificada nos termos do disposto no art.º 41.º do Código de Processo Civil (CPC), *ex vi* art.º 80.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), para vir juntar procuração forense, o que veio fazer por requerimento entrado em 25/02/2022, mais tendo com esse requerimento apresentado novo articulado de interposição de recurso.
- 4 O Mmo. Juiz Conselheiro da Secção Regional da Madeira proferiu em 25/02/2022 despacho a admitir o recurso, nos termos do disposto no art.º 109.º, n.º 1 da LOPTC, mais tendo

determinado a não consideração do segundo requerimento de interposição de recurso (apresentado com o requerimento de junção de procuração).

- 5 A DRP veio através de requerimento apresentado 03/03/2022 requerer a remessa a este tribunal dos dois requerimentos de recurso apresentados, pedido de remessa que foi indeferido por desnecessidade, por despacho proferido pelo Mmo. Juiz Conselheiro da Secção Regional da Madeira em 04/03/2022.
- 6 A DRP apresentou as alegações constantes dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões (considerando-se o primeiro articulado de interposição de recurso apresentado, atenta a decisão proferida pelo Mmo. Juiz Conselheiro da Secção Regional da Madeira):
 1. *A DRP não possui capacidade nem personalidade judiciária, sendo indiscutível parte ilegítima, o que é do conhecimento oficioso;*
 2. *A definição da capacidade técnica relevante e a forma de concretização e comprovação insere-se na margem de decisão da administração pública;*
 3. *Não violando o disposto no n.º 1 do art. 165 do CPC [sic];*
 4. *Os requisitos específicos exigidos para a qualificação dos candidatos para aferir as capacidades técnicas e financeiras são definidos no programa do procedimento;*
 5. *As justificações inerentes à exigência previstas no art. 12 do Programa de Procedimento é fundada nas particularidades específicas do mercado português e o modelo de negócio do “outsourcing” de impressão;*
 6. *Particularidades reconhecidas por entidades nacionais, europeias e internacionais;*
 7. *A fixação dos requisitos mínimos, apesar de discricionária, não é arbitrária, pois depende de exigências técnicas e de exigências, em linha com um critério de necessidade e adequação, respeitando-se os princípios da concorrência e de proporcionalidade;*
 8. *Quaisquer constrangimentos na execução do contrato poderão dar origem a prejuízos sérios e afetar o normal funcionamento dos serviços públicos insulares;*
 9. *É esse o sentido do disposto no art. 58.º, n.º 4 da Directiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro, bem como o fixado nos arts. 168 n.º 4 e 179 n.º 2 do CCP;*
 10. *A SRMTC não pediu esclarecimentos à recorrente quanto ao quadro de pessoal a desempenhar funções permanentes na Madeira;*
 11. *A recomendação constante do Processo de Fiscalização Prévia n.º 272/2017 não versa nem pode ser interpretada da forma como agora é feita pela SRMTC;*

12. *Pelo que deveria o SRMTC ter recorrido ao disposto no n.º 4 do art. 44 da LOPTC, o que é admitido, inicialmente pelo SRMTC, mas afastado pela interpretação feita à recomendação constante do Processo de fiscalização prévia n.º 272/2017, o que salvo melhor e douta opinião não é correcto.”*
- 7 Termina pedindo a revogação da decisão recorrida e a concessão de visto ao contrato ou, caso assim se não entenda, a concessão de visto com recomendação, por se mostrarem preenchidos os pressupostos de aplicabilidade do n.º 4 do artigo 44 da LOPTC, mais se determinando “*que as alegadas infrações não são suscetíveis, por irrelevância, de fazerem incorrer os seus autores em responsabilidade financeira*”.
- 8 O Ministério Público emitiu parecer ao abrigo do disposto no artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC, no sentido da não procedência do recurso.
- 9 Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 10 Na decisão recorrida foi dada como assente por provada a seguinte factualidade, não impugnada nestes autos de recurso e que se mantém:
- a)** A 19 de novembro de 2021, a Direção Regional do Património remeteu à Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, o “*Contrato de aquisição de serviços de aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o Governo Regional da Madeira*”, outorgado a 12 de novembro de 2021 entre aquela entidade, através da Secretaria Regional das Finanças, e a empresa *Caldeira Costa & Companhia, Unipessoal, Lda.*, pelo preço contratual de 3.797.232,00€ (s/IVA).
- b)** Por anúncios publicados no *Diário da República*, II Série, n.º 118, *Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira*, II Série, n.º 107, ambos de 21 de junho de 2021, e *Jornal Oficial da União Europeia*, S 119, de 22 de junho de 2021, e na sequência do despacho do Vice-Presidente do Governo Regional de 14 de maio de 2021, e da concordância da Diretora Regional do Património, ambos exarados sobre a informação do Diretor de Serviços de

Gestão Administrativa e Contratação Pública n.º 1002/2021, de 14 de maio, foi aberto concurso limitado por prévia qualificação, assente no modelo simples de qualificação, tendente à aquisição de serviços de aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o Governo Regional da Madeira.

- c) Os requisitos mínimos de qualificação foram definidos no programa do concurso, reportando-se o artigo 11.º à capacidade financeira, que aqui não releva analisar, e o artigo 12.º à capacidade técnica, que se passam a transcrever:

“Artigo 12.º

Requisitos de capacidade técnica

Os candidatos devem preencher os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

- a) *Evidenciar experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 1 (um) contrato de serviços similares, em Portugal, com um prazo mínimo de vigência de 3 anos, e com um valor mínimo anual igual ou superior a 500.000,00€ (quinhentos mil Euros) para o Lote 1 e a 100.000,00€ (cem mil Euros) para o Lote 2 e que tenha sido assinado há menos de 5 (cinco) anos (ou seja, que tenha sido assinado ou renovado em 2016, 2017, 2018, 2019 ou 2020);*
- b) *Evidenciar experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 3 (três) contratos de serviços similares, em Portugal, com um prazo mínimo de vigência de 1 (um) ano cada, e com um valor mínimo igual ou superior a 100.000,00€ (cem mil Euros) e que tenham sido assinados há menos de 5 (cinco) anos (ou seja, que tenham sido assinados ou renovados em 2016, 2017, 2018, 2019 ou 2020);*
- c) *Possuir representação oficial e centro técnico autorizado e certificado pelo(s) fabricante(s) dos equipamentos NOVOS propostos;*
- d) *Possuir representação oficial do fabricante da solução/software de gestão de impressão proposto;*
- e) *Disponer de um quadro de pessoal¹ com, no mínimo, 5 (cinco) trabalhadores a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira, com mínimo de 5 (cinco) anos de experiência na prestação de serviços técnicos de objeto similar;*
- f) *Disponer de um quadro de pessoal¹ com, no mínimo, 5 (cinco) trabalhadores a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira, autorizados e tecnicamente qualificados e certificados pelo(s) fabricante(s) dos equipamentos novos propostos;*
- g) *Disponer de um corpo técnico que integre, no mínimo, 2 (dois) elementos certificados na manutenção da solução /software de gestão proposta”. (Sublinhados nossos).*

¹ “O quadro de pessoal compreende apenas os trabalhadores que tenham um vínculo de trabalho com a empresa em questão, não podendo ser considerados trabalhadores com vínculo a outras empresas, ainda que do mesmo grupo, mas que prestem serviços ocasionais à empresa em causa”.

- d) Considerava-se que os requisitos mínimos estavam preenchidos nos termos do artigo 13.º da mesma peça processual:

“Artigo 13.º

Preenchimento dos requisitos mínimos por agrupamentos candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos desde que:

(...)

b) Todos os membros que integram o agrupamento preencham os requisitos de capacidade técnica identificados nas alíneas b), c) e d) do artigo anterior;

c) Algum dos membros que integra o agrupamento preencha os requisitos de capacidade técnica identificados nas alíneas a), e), f) e g) do artigo anterior”.

- e) Nos termos do n.º 3 da cláusula 1.ª do caderno de encargos patenteado no procedimento, o objeto do contrato a celebrar cinge-se à aquisição de serviços de aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o Governo Regional da Madeira, incluindo esses serviços, por força da al. b) da mesma cláusula:

“I. Disponibilização, em aluguer operacional, de equipamentos NOVOS e equipamentos de SUBSTITUIÇÃO, opções, componentes, acessórios e soluções técnicas integradas, incluindo o fornecimento dos consumíveis de impressão originais, peças, componentes, papel e todos serviços de assistência técnica necessários à concretização da prestação dos serviços, para todos os equipamentos de cópia e impressão a instalar NOVOS e de SUBSTITUIÇÃO com as tipologias descritas no ANEXO I e ANEXO II (Lote 1) e ANEXO III (Lote 2) a instalar nos LOCAIS identificados no ANEXO IV (Lote 1) e ANEXO VI (Lote 2) do presente Caderno de Encargos.

II. Disponibilização de serviços, opções, componentes, acessórios e soluções técnicas integradas, incluindo o fornecimento dos consumíveis de impressão originais, peças, componentes, papel e de todos serviços de assistência técnica necessários à concretização da prestação dos serviços, para todos os equipamentos de cópia e impressão EXISTENTES constantes dos ANEXO V (Lote 1) do presente Caderno de Encargos.

III. A integração de TODOS os equipamentos de cópia e impressão no Sistema / Software de gestão de impressão, de custos, de atividades e contabilização – UniFlow instalado no Governo Regional, ou em outro software/sistema apresentado pelo concorrente que cumpra com os requisitos técnicos constantes do ANEXO VII do presente Caderno de Encargos

IV. Um volume mensal de cópia e impressão estimadas para o Lote 1 (Governo Regional) seguintes:

i. 2.400.000 (dois milhões e quatrocentas mil) páginas A4/A3|Preto/Cor (aplica-se aos equipamentos das Tipologia 1 a 7 identificados no ANEXO I). Para efeitos de estimativa prevê-se um valor de 60% de cópias/ impressões a Cor;

ii. 60 (sessenta) m2 rolo/por máquina (aplica-se aos equipamentos das Tipologia 8, 9 e 10 identificados nos ANEXO II e V);

iii. 60 (sessenta) páginas A2 (aplica-se aos equipamentos da Tipologia 11 identificados no ANEXO II).

V. Um volume mensal de cópia e impressão estimadas para o Lote 2 (Estabelecimentos de Infância e 1.º Ciclo) seguintes:

i. 400.000 (quatrocentas mil) páginas A4/A3|Preto/Cor (aplica-se aos equipamentos das Tipologia 12 a 14 identificados no ANEXO III). Para efeitos de estimativa prevê-se um valor de 60% de cópias/ impressões a Cor.

VI. Transferência para a propriedade do Governo Regional de 50% (cinquenta por cento) dos Equipamentos NOVOS profissionais instalados no início do Contrato, mantendo a proporção por Tipologia, desde que esses Equipamentos estejam instalados, ao abrigo do Contrato, há pelo menos 48 (quarenta e oito) meses”.

f) Do relatório preliminar da fase de qualificação, datado de 29 de julho de 2021, resulta que:

“III – LISTA DOS CANDIDATOS POR ORDEM DE APRESENTAÇÃO DAS CANDIDATURAS

Apresentaram candidaturas os seguintes candidatos, ordenados por ordem de apresentação das mesmas:

1. Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda. - candidatura apresentada às 10:56 do dia 15.07.2021;

2. Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. & Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda., em Consórcio Externo - candidatura apresentada às 15.04 do dia 20.07.2021.

IV – ANÁLISE DAS CANDIDATURAS

Analisadas as candidaturas, o júri propõe, nos termos do n.º 2 do artigo 148.º do CCP, a exclusão da candidatura apresentada pelo candidato Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. & Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda., em Consórcio Externo, pelos motivos abaixo indicados:

1) Alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso - LOTE 1 e 2

1.1) Análise dos contratos juntos pelo membro do Consórcio Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda., nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º do Programa do Concurso (Anexo II): ²

² A saber:

1.2) *Análise dos contratos juntos pelo membro do Consórcio Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda., nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º do Programa do Concurso (Anexo II):*³

1.3) *Análise do cumprimento do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso - Lote 1*

Cumpra referir, antes de mais, que o cumprimento deste requisito identificado na alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso era alcançado se algum dos membros que integra o

“- Administração Regional de Saúde do Centro, IP., em vigor desde 17 de setembro de 2020 até à presente data (celebrado pelo período de 36 (trinta e seis) meses), valor total contratualizado: 816.523,20€. (oitocentos e dezasseis mil quinhentos e vinte e três euros e vinte cêntimos).

- Unidade Local de Saúde da Guarda, E.P.E., em vigor desde 9 de setembro de 2019 até à presente data (celebrado pelo período de 3 (três anos), valor total contratualizado: 233.604,00€ (duzentos e trinta e três mil seiscientos e quatro euros).

- Município de Vila Franca de Xira, assinado em 29 de setembro de 2017 e em vigor até à presente data (celebrado pelo período de 60 (sessenta) meses, com efeitos a partir do trânsito em julgado do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no âmbito do processo n.º 1262116.7BELSB - TCA Sul, e se não forem arguidas nenhuma nulidades no processo), valor total contratualizado: 340.399,80€ (trezentos e quarenta mil trezentos e noventa e nove euros e oitenta cêntimos).

- Assembleia da República, assinado em 13 de março de 2018, em vigor desde a data de aceitação dos equipamentos até 2023 (celebrado pelo período de 5 (cinco) anos), valor total contratualizado: 490.980,00€ (quatrocentos e novecentos e oitenta euros).

- Município de Almada, em vigor desde 16 de julho de 2020 até à presente data (celebrado pelo período de 3 (três) anos), valor total contratualizado: 199.176,00€ (cento e noventa e nove mil cento e setenta e seis euros).

- Politécnico de Lisboa, em vigor desde 5 de fevereiro de 2018 e findou em 2021 (celebrado pelo período de 3 (três) anos), valor total contratualizado 251.171,64€ (duzentos e cinquenta e um mil cento e setenta e um euros e sessenta e quatro cêntimos).

- Instituto Português de Oncologia de Lisboa de Francisco Gentil, EPE., em vigor desde 30 de junho de 2020 até à data (celebrado pelo período de 3 (três) anos), valor total contratualizado: 251.928,00€ (duzentos e cinquenta e um mil novecentos e vinte e oito euros).

- Instituto Politécnico de Santarém, em vigor desde 1 de novembro de 2020 até à data (celebrado pelo período de 3 (três) anos), valor total contratualizado: 199.287,00€ (cento e noventa e nove mil duzentos e oitenta e sete euros).

- Secretaria-Geral do Ministério dos Negócios Estrangeiros, em vigor desde 2 de outubro de 2020 até à data (celebrado pelo período de 33 (trinta e três) meses), valor total contratualizado: 197.076,00€ (cento e noventa e sete mil e setenta e seis euros)”.

³ A saber:

“- Escola Básica e Secundária Padre Manuel Alves, no período entre 2018 e 2020, valor total contratualizado: 8.113,38€ (oito mil cento e treze euros e trinta e oito cêntimos).

- Escola Básica 2.º e 3.º Ciclos Dr. Eduardo Brazão de Castro, no período entre 2017 e 2018, valor total contratualizado: 5.292€ (cinco mil e duzentos e noventa e dois euros).

- Escola Básica 2.º e 3.º Ciclos Dr. Eduardo Brazão de Castro, no período entre 2018 e 2019, valor total contratualizado: 5.320€ (cinco mil e trezentos e vinte euros).

- Escola Básica 2.º e 3.º Ciclos do Caniço, no período entre 2016 a 2019, valor total contratualizado: 11.597,04€ (onze mil quinhentos e noventa e sete euros e quatro cêntimos).

- Escola Básica 2.º e 3.º Ciclos do Caniço, no período entre 2019 até à presente data, valor total contratualizado: 10.043,84€ (dez mil e quarenta e três euros e oitenta e quatro cêntimos).

- Instituto de Emprego da Madeira, IP-RAM, no período entre 2018 até à presente data, valor total contratualizado 20.925,00€ (vinte mil e novecentos e vinte e cinco euros).

- Escola Básica e Secundária com Pré-Escolar da Calheta, no período entre 2017 até 2020, valor total contratualizado: 9.148,68€ (nove mil e cento e quarenta e oito euros e sessenta e oito cêntimos) mas no contrato publicado na basegov o valor indicado e de 10.511,12€.

- Escola Básica e Secundária com Pré-Escolar da Calheta, no período entre 2020 até à presente data, valor total contratualizado: 15.355,57€ (quinze mil trezentos e cinquenta e cinco euros e cinquenta e sete cêntimos).

- Escola Básica e Secundária da Ponta do Sol, no período entre 2020 até à presente data, valor total contratualizado: 8.460,00€ (oito mil quatrocentos e sessenta euros).

- Escola Básica e Secundária com Pré-escolar e Creche do Porto Moniz, no período entre 2018 até à presente data, valor total contratualizado. 6.000,00€ (seis mil euros)”.

agrupamento preencha os requisitos de capacidade técnica, quer no que concerne ao Lote 1, quer ao Lote 2, nos termos da alínea c) do artigo 13.º do Programa do Concurso.

Quanto ao Lote 1, a alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso determina que o candidato evidencie «[...] celebração de pelo menos 1 (um) contrato de serviços similares, em Portugal, com um prazo mínimo de vigência de 3 anos, e com um valor mínimo anual igual ou superior a 500.000,00€ (quinhentos mil Euros) para o Lote I [...] e que tenha sido assinado há menos de 5 (cinco) anos (ou seja, que tenha sido assinado ou renovado em 2016, 2017, 2018, 2019 ou 2020) [...]». Da análise efetuada pelo júri aos documentos juntos pelo Consórcio candidato, resulta claro que nem o membro Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda., nem o membro Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda. alcançaram o cumprimento deste requisito relativamente ao Lote 1. Pese embora alguns contratos juntos tivessem uma vigência de 3 anos, como exigido, a verdade é que nenhum deles cumpre a segunda parte do requisito, ou seja, que o contrato tivesse o valor mínimo anual igual ou superior a 500.000,00€ (quinhentos mil euros) - razão pela qual há incumprimento do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso quanto ao Lote 1 relativamente a este candidato. Este incumprimento determina a exclusão deste candidato por violação do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso, quanto ao Lote 1, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º do Programa do Concurso, e nos termos das alíneas d), e) e l) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP.

1.4) Análise do cumprimento do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso - Lote 2

Cumprir referir antes de mais que, o cumprimento deste requisito identificado na alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso era alcançado se algum dos membros que integra o agrupamento preencha os requisitos de capacidade técnica, quer no que concerne ao Lote 1, quer ao Lote 2, nos termos da alínea c) do artigo 13.º do Programa do Concurso.

Quanto ao Lote 2, a alínea a) do artigo 12.º do Programa do Concurso determina que o candidato evidencie «[...] experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 1 (um) contrato de serviços similares, em Portugal, com um prazo mínimo de vigência de 3 anos, e com um valor mínimo anual igual ou superior a [...] 100.000,00€ (cem mil Euros) para o Lote 2 e que tenha sido assinado há menos de 5 (cinco) anos (ou seja, que tenha sido assinado ou renovado em 2016, 2017, 2018, 2019 ou 2020) [...]». Da análise efetuada pelo júri aos documentos juntos pelo Consórcio candidato, resulta claro que o membro Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. alcançou o cumprimento deste requisito para o Lote 2, com a junção do contrato que celebrou com a Administração Regional de Saúde do Centro. IP, pelo período de 36 (trinta e seis) meses, com o valor total de 816.523,20€ (oitocentos e dezasseis mil quinhentos e vinte e três euros e vinte cêntimos), ou seja, com o valor anual de 272.174,40€ (duzentos e setenta e dois mil cento e setenta e quatro euros e quarenta cêntimos).

2) Alínea b) do artigo 12.º do Programa do Concurso - LOTE 1 e 2

Cumprir referir, antes de mais, que, nos termos da alínea b) do artigo 13.º do Programa do Concurso, todos os membros que integram o agrupamento deveriam preencher o requisito de capacidade técnica identificado na alínea b) do artigo 12.º do Programa do Concurso. É exigido que o candidato evidencie «[...] experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 3 (três) contratos de serviços similares, em Portugal, com

o prazo mínimo de vigência de 1 (um) ano cada, e com um valor mínimo igualou superior a 100.000,00€ (cem mil euros) e que tenham sido assinados há menos de 5 (cinco) anos (ou seja, que tenham sido assinados ou renovados em 2016, 2017, 2018, 2019 ou 2020) [...]» Da análise efetuada pelo júri aos documentos juntos pelo Consórcio candidato, resulta claro que o membro Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda. não cumpre o requisito mínimo de capacidade técnica previsto nesta alínea. Como facilmente se constata, nenhum dos contratos anexos cumpre com a exigência do valor mínimo igual ou superior a 100.000,00€ (cem mil euros) - aliás, o contrato de maior valor é de 20.925,00€, muito longe do requisito mínimo exigido. O Júri verifica que a disparidade de valores dos contratos apresentados face ao que era exigível constitui uma situação, no mínimo, estranha, tanto mais que a soma de todos os contratos é ligeiramente acima do valor que era exigível para cada um dos 3 contratos que deveriam ter sido apresentados. É acima de tudo estranho poiso elemento literal e claro e não existe lugar a interpretações duvidosas: 3 contratos com prazo de vigência de 1 ano cada e com um valor mínimo igual ou superior a 100.000,00€. Não eram 10 contratos cuja soma é igual ou superior a 100.000,00€ e nem sequer 3 contratos cuja soma é igual ou superior a 100.000,00€ (mesmo com esta versão, o candidato não logrou cumprir este requisito mínimo). Além do elemento literal que era claro na exigência mínima para cumprir este requisito, também o elemento integrativo da lógica deste procedimento não deixa dúvidas. o valor indicado para cumprimento deste requisito para o Lote 1 (três contratos com um valor mínimo igual ou superior a 100.000,00€) está diretamente relacionado com o preço base deste Lote (530.000,00€) por referência ao número de contratos exigidos. E esta a capacidade técnica instalada que a entidade adjudicante entendeu ser a mínima e, por conseguinte, adequada a garantir o know-how do candidato face à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e à sua adequação às características, complexidade e especificidade do mesmo.

Uma vez que o preenchimento deste requisito mínimo de capacidade técnica deveria ser comprovado por ambos os membros do Consórcio, apesar do membro Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda., cumprir, há incumprimento do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea b) do artigo 12.º do Programa do Concurso quanto ao Lote 1 e quanto ao Lote 2 relativamente a este candidato. Este incumprimento determina a exclusão deste candidato por violação do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea b) do artigo 12.º do Programa do Concurso, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º do Programa do Concurso, e nos termos das alíneas d), e) e l) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP.

(...)

5) Alínea e) do artigo 12.º do Programa do Concurso - LOTE 1 e 2

5.1) Análise dos contratos juntos pelo membro do Consórcio Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda., nos termos previstos na alínea i) do n.º 1 do artigo 14.º do Programa do Concurso (Anexo III)⁴:

⁴ A saber:

“ – Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação - Escola Básica e Secundária Padre Manuel Álvares [ADG/1/2018]- Vigorou de 2018 a 2020;

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação - Escola Básica dos 2.º e 3.º Ciclos Dr. Eduardo Brazão de castro [LF/2017]- Vigorou de 2017 a 2018;

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação - Escola Básica dos 2.º e 3.º Ciclos Dr. Eduardo Brazão de castro [LF/2018]- Vigorou de 2018 a 2019;

5.2) *Análise do cumprimento do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea e) do artigo 12.º do Programa do Concurso - Lote 1 e 2*

Cumprir, antes de mais, que o cumprimento deste requisito identificado na alínea e) do artigo 12.º do Programa do Concurso era alcançado se algum dos membros que integra o agrupamento preencha os requisitos de capacidade técnica, quer no que concerne ao Lote 1, quer ao Lote 2, nos termos da alínea c) do artigo 13.º do Programa do Concurso.

É exigido que o candidato comprove «[...] Dispor de um quadro de pessoal com, no mínimo, 5 (cinco) trabalhadores a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira, com o mínimo de 5 (cinco) anos de experiência na prestação de serviços técnicos de objeto similar [...]».

Da análise efetuada pelo júri aos documentos juntos pelo Consórcio candidato, resulta claro que o membro Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda. (o membro Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. não apresentou qualquer documentação relativa a este requisito) cumpre o referente ao número mínimo de trabalhadores exigido no quadro de pessoal (através do documento Extrato da Declaração de Remunerações referente ao mês de junho de 2021), no entanto não comprova, nem com as declarações do Anexo III, nem por qualquer outro documento, o mínimo de 5 (cinco) anos de experiência exigida a cada um dos trabalhadores que compõe o seu quadro de pessoal na prestação de serviços técnicos de objeto similar ao do procedimento em causa. Por um lado, não junta declarações que façam referência a contratos de duração mínima de 5 anos nem anexa contratos que individual ou conjuntamente perfazem esse período mínimo. Não apresenta nenhuma declaração da empresa onde se verifique, sequer, que o quadro de pessoal indicado tem um vínculo com a empresa de, pelo menos, 5 anos de onde pudesse resultar evidências da experiência na prestação de serviços técnicos de objeto similar. O consórcio candidato também não fez prova, por qualquer documento que fosse meio de prova bastante e admissível, de que os trabalhadores do seu quadro de pessoal identificados estejam a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira”. (Sublinhado nosso).

Assim sendo, o júri conclui que o consórcio candidato não comprovou o cumprimento do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea e) do artigo 12.º do Programa do Concurso. Este incumprimento determina a exclusão deste candidato por violação do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea e) do artigo 12.º do Programa do Concurso, nos termos previstos nas alíneas f) e i) do n.º 1 do artigo 14.º do Programa do Concurso, e nos termos das alíneas d), e) e l) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP.

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação - Escola Básica dos 2.º e 3.º Ciclos do Caniço [Ajuste Direto] - Vigorou de 2016 a 2019;

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação - Escola Básica dos 2.º e 3.º Ciclos do Caniço [Consulta Prévia] - Em vigor de 1 de agosto de 2019 até 1 de julho de 2022;

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional da Inclusão e Assuntos Sociais - Instituto de Emprego da Madeira, IP-RAM [Consulta Prévia] - Em vigor de 1 de setembro de 2018 até 31 de agosto de 2021;

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação, Ciência e Tecnologia - Escola Básica e Secundária/PE da Calheta [Ajuste Direto] - Em vigor de 1 de outubro de 2020 até 31 de agosto de 2023;

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação, Ciência e Tecnologia - Escola Básica e Secundária de Ponta do Sol [Ajuste Direto] - Em vigor de 1 de novembro de 2020 até 31 de agosto de 2023;

– Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação - Escola Básica e Secundária do Porto Moniz [Ajuste Direto] - Em vigor de 2018 a 2021 [sem contrato junto no basegov]”.

6) Alínea f) do artigo 12.º do Programa do Concurso - LOTE 1 e 2

Cumprir, antes de mais, que o cumprimento deste requisito identificado na alínea f) do artigo 12.º do Programa do Concurso era alcançado se algum dos membros que integra o agrupamento preencha os requisitos de capacidade técnica, quer no que concerne ao Lote 1, quer ao Lote 2, nos termos da alínea c) do artigo 13.º do Programa do Concurso.

É exigido que o candidato comprove «[...] Dispor de um quadro de pessoal com, no mínimo, 5 (cinco) trabalhadores a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira, autorizados e tecnicamente qualificados e certificados pelo(s) fabricante(s) dos equipamentos NOVOS propostos [...]».

Da análise efetuada pelo júri aos documentos juntos pelo Consórcio candidato, resulta claro que o membro Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda. (o membro Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. não apresentou qualquer documentação relativa a este requisito) comprova a exigência do número mínimo de trabalhadores exigido no quadro de pessoal (através do documento Extrato da Declaração de Remunerações referente ao mês de junho de 2021, que junta), no entanto, à semelhança do ocorrido quanto ao requisito da alínea e) do artigo 12.º do Programa do Concurso, não faz prova, por qualquer documento que fosse meio de prova bastante e admissível, de que esses trabalhadores do seu quadro de pessoal estejam a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira. Quanto à exigência de que o candidato deveria apresentar prova de que o seu quadro de pessoal estaria autorizado e tecnicamente quantificado e certificado pelo(s) fabricante(s) dos equipamentos novos propostos, o júri constatou que o mesmo se limita a juntar declaração emitida pela entidade «Xerox Portuga, Lda.» atestando que o membro Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda. possui um quadro de pessoal de 5 elementos autorizados e certificados para os equipamentos em comercialização a desempenhar funções técnicas de forma permanente na Região Autónoma da Madeira. Em lado algum dessa declaração são identificados os elementos desse quadro de pessoal, pelo que esta não se mostra um meio idóneo de prova de que os elementos do quadro de pessoal, que integrarão a equipa técnica (corpo técnico do quadro de pessoal identificado nos termos das alíneas e), f) e g) do artigo 12.º do Programa de Concurso - conforme constante no n.º 1 da cláusula 26.º do Caderno de Encargos), se encontram devidamente autorizados e tecnicamente qualificados e certificados pelo(s) fabricante(s) dos equipamentos novos que serão propostos. Fica por apurar o que é mais grave, se a apresentação de uma declaração genérica adaptada a qualquer trabalhador deste membro do Consórcio se a, suposta, certificação de pessoas desconhecidas e sem identificação. O que fica patente é o incumprimento por parte deste candidato da indicação dos recursos humanos a serem utilizados pelo candidato, adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, que preencham o requisito mínimo exigido na alínea f) do artigo 12.º do Programa do Concurso por referência à alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º do CCP.

Pelo exposto, o consórcio candidato não fez prova, por qualquer documento que fosse meio de prova bastante e admissível, de que os trabalhadores do seu quadro de pessoal identificados estejam autorizados e certificados a trabalhar com os equipamentos propostos (a propor), pelo que o júri conclui que o consórcio candidato não comprovou o cumprimento do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea f) do artigo 12.º do Programa do Concurso. Este incumprimento determina a exclusão deste candidato por violação do requisito mínimo de capacidade técnica previsto na alínea f) do artigo 12.º do Programa do Concurso, nos termos previstos nas alíneas f) e i) do n.º 1 do artigo 14.º do Programa do Concurso, e nos termos das alíneas d), e) e l) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP.

(...)

Em suma, e após a análise de toda a documentação apresentada pelo candidato em Consórcio Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. & Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda., conclui o Júri que este candidato não preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica previstos nas alíneas a), b), e) e f) do artigo 12.º do Programa do Concurso. Este incumprimento determina a exclusão deste candidato por violação das alíneas a), b), e) e f) do artigo 12.º e d), f) e i) do n.º 1 do artigo 14.º ambos do Programa do Concurso, nos termos do disposto nas alíneas d), e) e l) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP.

A candidatura apresentada pelo candidato Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda. foi objeto de análise, tendo-se verificado que foi apresentada conforme o solicitado e que, pela documentação junta, se comprova cumprir todos os requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica previstos nos artigos 11.º e 12.º do Programa do Concurso - pelo que se encontra em condições de ser qualificado quer relativamente ao Lote 1, quer relativamente ao Lote 2.

Não foram prestados esclarecimentos nos termos do artigo 183.º do CCP.

V - ORDENAÇÃO DAS CANDIDATURAS:

Assim sendo, tendo por base o critério de qualificação e o modelo de qualificação fixado o Júri delibera, por unanimidade, propor a ordenação das candidaturas, para efeitos de qualificação, da seguinte forma:

LOTE 1.

1.º Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda. - candidatura apresentada às 10:56 do dia 15.07.2021.

LOTE 2.

1.º Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda. - candidatura apresentada às 10:56 do dia 15.07.2021.”

- g)** O relatório final da fase de qualificação elaborado pelo júri, em 18 de agosto de 2021, dá conta do seguinte:

“IV – AUDIÊNCIA PRÉVIA E ANÁLISE DAS CANDIDATURAS

Realizada a audiência prévia escrita, nos termos do disposto no artigo 185.º do CCP, foi apresentada pronúncia do Relatório Preliminar por parte do candidato 2. Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda.& Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda., em Consórcio Externo, que aqui se dá por integralmente reproduzida para os devidos efeitos legais, sendo parte integrante deste Relatório Final.

Para uma mais correta análise, infra se reproduz um resumo dessa pronúncia:

Ao fixar na alínea a) do artigo 12.º do programa de concurso como requisito mínimo de capacidade técnica a evidente experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 1 (um) contrato de serviços similares, em Portugal, com o prazo mínimo de vigência de 3 anos, e com um valor mínimo anual igual ou superior a 500.000,00€ (quinhentos mil euros), sabia a entidade adjudicante que apenas o candidato «Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda.» o cumpriria ou o fabricante por este representado, Canon.

Aliás, a simples pesquisa ao portal base gov.pt é o bastante para se aferir que o único candidato passível de cumprir este requisito em particular era o candidato cuja ordenação de candidatura resulta o relatório preliminar da fase de qualificação agora proferido do presente procedimento.

Na verdade, a entidade adjudicante apenas fez uso do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, porquanto o Código dos Contratos Públicos lhe veda a aplicação do procedimento de ajuste direto, não obstante ser essa a vontade material da entidade adjudicante, ou seja, a contratação com candidato «Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda.»

Nunca, face aos requisitos mínimos de capacidade técnica estabelecidos, quis a entidade adjudicante outro candidato que não o «Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda.» Porém e estando à entidade adjudicante vedado o uso do procedimento de ajuste direto, «lançou mão», qual forma astuta, de procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, em clara e manifesta violação dos princípios basilares da contratação pública, pois que, ao fixar os requisitos mínimos de capacidade técnica, nos termos do artigo 12.º do programa de concurso, mormente o disposto na primeira parte da alínea a), sabe e conhece a entidade adjudicante que vedava a abertura de candidaturas à concorrência.

Sabe a entidade adjudicante que a fixação de tais requisitos mínimos são desproporcionados e pouco transparentes.

Na realidade, o presente procedimento de concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento ajuste direto «encapotado». Feito à medida de um único candidato.

Por fim, salienta-se que, ao contrário do decidido em relatório preliminar da fase de concurso, o candidato em Consórcio Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. & Duplipélago – Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda. não incumpriu o estabelecido nas alíneas e) e f) do artigo 12.º do programa de concurso, uma vez que, não era nem pode ser exigido ao consórcio candidato identificar cabal e minuciosamente, através da transmissão de dados pessoais, o nome, o domicílio, a retribuição de trabalhadores, nem qualificações por estes detidas. Concluindo perante tudo o acima exposto, por ofensa aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da concorrência, da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação previstos no artigo 1.º A do Código dos Concursos Público por banda da entidade adjudicante, impõe-se a anulação do presente procedimento de concurso limitado por prévia qualificação.

Resposta:

1. Questão prévia:

As afirmações que o candidato profere quando acusa a entidade adjudicante de astúcia e, essencialmente, de má-fé são, no mínimo, ofensivas, efetuadas de forma gratuita e com mero intento de proteger os interesses comerciais do candidato. Em defesa desses interesses não vale tudo, não se pode permitir tudo. Não pode, além disso, o candidato apresentar uma candidatura onde afirma estar de acordo como todas as regras procedimentais do concurso e, após verificar a sua exclusão, vir opor-se veementemente a essas mesmas regras que deixaram de servir. E, além de venire contra factum proprium, uma forma ofensiva e desprovida de qualquer fundamento da qual, certamente, a entidade adjudicante não deixará de se reservar o direito de, em devido tempo, reagir em sede própria.

2. *Quanto ao facto do candidato «Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda.» ser o único que cumpriria ou o fabricante por este representado, Canon:*

Basta uma simples pesquisa ao portal base.gov.pt (como aliás o candidato é lesto em afirmar que consultou) para verificar que, além do candidato «Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda.» existem diversas empresas com capacidade financeira e técnica para a prestação de serviços de objeto similar ao pretendido no procedimento:

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=3282022>

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7283122>

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7253645>

XEROX Portugal - Equipamentos de Escritório, Lda. (501656677)

CANON Portugal SA (507477740)

ITEN SOLUTIONS - Sistemas de Informação, S.A. (510728189)

MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (504615947)

RICOH Portugal, Unipessoal, Lda. (508080975)

KONICA MINOLTA Business Solutions Portugal, Unipessoal, Lda. (502120070)

CLARANET II Solutions, SA (510728189)

MEGASOFT (501748156)

3. *Quanto ao facto da fixação de tais requisitos mínimos serem desproporcionados e pouco transparentes:*

Também quanto a esta questão, contrariamente ao afirmado pelo candidato, quer os requisitos mínimos de capacidade financeira quer os requisitos mínimos de capacidade técnica são perfeitamente transparentes, claros, precisos, proporcionados e adequados a garantir o know-how do candidato face à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e a sua adequação às características, complexidade e especificidade do mesmo.

Senão, vejamos:

(...)

No que diz respeito à capacidade técnica, foi exigido um contrato com prazo mínimo de vigência de 3 anos, e com um valor mínimo anual igual ou superior a 500.000,00€ (quinhentos mil Euros) para o Lote 1 e a 100.000,00€ (cem mil Euros) para o Lote 2. Uma vez mais, perfeitamente proporcional, face ao valor base do período em referência de cada lote. O valor do contrato solicitado é, inclusive, abaixo do valor referência que seria de 654.000,00€ para o lote 1 e de 106.000,00€ para o lote 2. Esta forma de avaliação e além de proporcional e transparente, reflexo do que outras entidades adjudicantes efetuam em procedimentos de prévia qualificação e, quando muito, está abaixo dos valores que, em termos proporcionais, são normalmente solicitados. Esta constatação é também verificável pela simples pesquisa ao portal base.gov.pt que o candidato tão bem conhece e cujo fabricante por este representado, XEROX, é constantemente candidato e adjudicatário:

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7422189>

Entidades adjudicantes. BANCO DE PORTUGAL (500792771)

Entidades adjudicatárias: Konica Minolta Business Solutions Portugal, Unipessoal, Lda. (502120070)

Preço base 925.000,00€ / 5 anos

Objeto do contrato: Aquisição de serviços de outsourcing de office printing - OA001619

Entidades concorrentes: CLARANET PORTUGAL, S.A. (503412031), Konica Minolta - Business Solutions Portugal, Unipessoal, Lda. (502120070), ITEN SOLUTIONS -SISTEMAS INFORMAÇÃO, S.A (EX CPC.IS (510728189), Canon (507477740), Ricoh Portugal, Unipessoal, Lda. (508080975), INFORMANTEM - Informática e Manutenção, S.A. (503670693), Xerox Portugal - Equipamentos de Escritório, Lda. (501656677)

Como capacidade técnica foi exigido evidenciar experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 2 contratos de serviços similares, em Portugal, com um prazo mínimo de vigência de 2 anos cada, e com um valor mínimo anual igual ou superior a 150.000,00 € (cento e cinquenta mil euros) e que tenham sido assinados há menos de 4 anos

Dispor de um quadro de pessoal com, no mínimo, 100 trabalhadores. Dispor de um quadro de pessoal com, no mínimo, 50 trabalhadores a desempenhar funções de forma permanente em Portugal.

Deter certificação válida em ISO 9001.

Com se verifica, a exigência de 2 contratos com um prazo mínimo de vigência de 2 anos cada, e com um valor mínimo anual igual ou superior a 150.000,00€ é, em termos proporcionais, em face do valor base, mais exigente do que exigido neste procedimento. Além disso e exigida a certificação válida em ISO 9001, quadro de pessoal de 100 trabalhadores, cinquenta dos quais a desempenhar funções de forma permanente em Portugal.

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7776270>

Entidades adjudicantes BANCO DE PORTUGAL (500792771)

Entidades adjudicatárias CLUB TOUR-VIAGENS E TURISMO S.A. (502000252),

Partner Travel, Viagens e Turismo, Lda. (514718960)

Objeto do contrato: Serviços de agenciamento de viagens, alojamento e eventos

Preço contratual 6.500.000,00 € / 36 meses / apresentação de 2 contratos com clientes diferentes no valor mínimo de 1.000.000,00 €

Capacidade financeira: Média aritmética do volume de negócios dos últimos 3 (três) exercícios, igual ou superior a 13.000.000,00 € (treze milhões de euros).

Com se verifica, a exigência de 2 contratos com clientes diferentes no valor mínimo de 1.000.000,00€ é, em termos proporcionais, em face do valor base, mais exigente do que exigido neste procedimento. Além disso é exigida o dobro do valor em capacidade financeira face ao valor base.

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7765671>

Entidades adjudicantes: Secretaria Regional de Equipamentos e Infraestruturas (671001329)

Entidades adjudicatárias: Consulgal-Consultores de Engenharia e Gestão, SA (501 51501 1)

Preço base: 1 83.149,28€

Objeto do contrato: prestação de serviços de «Prevenção e mitigação do risco de derrocadas nas escarpas sobranceiras à ER 223 -Troço Estreito da Calheta / Jardim do Mar - Fase B. Fiscalização.

Necessário comprovar ter efetuado o fornecimento direto nos últimos 10 anos de, pelo menos, um serviço de fiscalização ou assessoria à fiscalização de valor unitário igual ou superior a € 5.625.000,00 (cinco milhões, seiscentos e vinte e cinco mil euros), de uma obra de idêntica natureza à que é posta a Concurso.

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?tvoe=anuncios&id=212375>

Entidades adjudicantes: Secretaria Regional dos Equipamentos e Infraestruturas

Preço base: 5.000.000,00€

Objeto do contrato: Serviços de fiscalização e coordenação de obra

Necessário comprovar ter executado, pelo menos, dois contratos de gestão / fiscalizações de empreendimentos de obras públicas (cada uma com valor igual ou superior a 200.000.000,00€ (duzentos milhões de euros) executados nos últimos 10 anos.

Nestes casos concretos, apesar do montante do preço base fixado ser referente aos serviços de fiscalização de uma empreitada, a exigência técnica teve por referência, não um contrato com valores similares, mas o valor da empreitada que foi alvo de fiscalização. Ou seja, o valor referência do contrato a apresentar é indubitavelmente superior ao preço base, mas, ainda assim, intimamente ligado ao objeto contratual do procedimento.

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=6591202>

Entidades adjudicantes: Universidade do Porto (501 413197)

Entidades adjudicatárias: PRESTIBEL (501326456)

Objeto do contrato: *Serviços combinados de vigilância e segurança humana e de ligação a central de receção e monitorização de alarmes - diversos lotes.*

Comprovativo de contratos celebrados ou em vigor nos últimos 2 anos referentes a serviços de vigilância humana e de ligação a Central de Receção e Monitorização de Alarmes em Instituições de Ensino Superior, de valor anual superior a 200.000,00€ - quando o valor base de cada lote era inferior a esse montante ou, noutros casos, de valor aproximado.

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7498553>

Entidades adjudicantes: Município de Chaves (501205551)

Entidades adjudicatárias Aqualevel, Unipessoal, Lda. (508438144)

Objeto do contrato: *Prestação de serviços para a gestão da eficiência hídrica no sistema de abastecimento de água da área do Município de Chaves -zona abastecida em alta*

Pede-se 2 contratos de natureza idêntica ao objeto do contrato com abrangência mínima de 20.000 clientes e quadro de pessoal com experiência idêntica.

<https://gov.saphety.com/bizgov/econcursos/procedurePiecesExport206315!exportProcedure.action>

Entidades adjudicantes: Autoridade Tributária e Aduaneira do Ministério das Finanças

Objeto do contrato: *Aquisição de Serviços de Assistência Técnica ao Parque de Equipamentos de Cópia, Impressão e Digitalização das marcas HP, Xerox e outras (Oki e Fujitsu).*

Exige-se comprovativo, nos últimos dois anos, de uma prestação de serviços de suporte e manutenção de serviços idênticos ao do objeto do presente concurso, (parque com um número mínimo de 2000 impressoras e cuja dispersão geográfica seja de âmbito nacional, que inclua pelo menos 20 sites com localizações geográficas distintas).

Relação de seis técnicos de printing e respetivas habilitações para a operação dos equipamentos objetos do presente procedimento, indicando os anos de experiência na função (mínimo de 3 anos) e respetiva documentação que comprove possuírem formação técnica em equipamentos do fabricante referido na alínea f), efetivamente validada pelos serviços técnicos dos fabricantes.

Nestes três últimos exemplos supra, as entidades adjudicantes têm por referência o valor do preço base (no caso da Universidade do Porto), o número de clientes (Município de Chaves) ou de equipamentos e sua dispersão geográfica (Autoridade Tributária e Aduaneira do Ministério das Finanças).

Em particular, neste último procedimento da Autoridade Tributária e Aduaneira do Ministério das Finanças, o objeto contratual incluía no ano 2018 de 275 equipamento de

marca HP e 112 de outras marcas, nos anos 2019/2020 incluía 233 equipamentos de marca HP e 115 de outras marcas e, finalmente, no ano 2021 incluía 620 equipamentos de marca HP e 102 de outras marcas. Como se verifica a exigência da capacidade técnica exigida (contrato com parque com um número mínimo de 2000 impressoras) e muito superior ao próprio parque total de impressão desta entidade adjudicante, no entanto face ao objeto entendeu que esta capacidade instalada era a mínima que lhe garantia a prestação de serviços de objeto similar ao pretendido.

A referência utilizada é sempre adequada ao objeto contratual que as entidades adjudicantes pretendem. Obviamente que existirá sempre restrição da concorrência (daí ter-se optado pelo concurso com prévia qualificação), mas tal restrição, necessária, e perfeitamente exigível e proporcional face à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e à sua adequação às características, complexidade e especificidade do mesmo - tal como ocorre neste procedimento.

Acreditamos se, ao invés de contratos com valores proporcionais aos preços base fixados, a entidade adjudicante tivesse optado pela exigência da apresentação de contrato abrangendo o número de equipamentos (mesmo que se tivesse cingido apenas à quantidade de equipamentos que seriam abrangidos pelo contrato - 867) a limitação da concorrência, ainda assim perfeitamente legal, seria mais evidente.

Não se pode olvidar que o objeto contratual, além dos 867 equipamentos, engloba toda a Região Autónoma da Madeira (ilha da Madeira e Porto Santo), com uma dispersidade geográfica que abrange todos os Concelhos com intervenções obrigatórias desde 1 hora após a comunicação do problema/avaria até às 4 horas.

Não se trata de fornecer equipamento informático cujo contrato termina com esse fornecimento (tendo por referência o exemplo do procedimento da ESPAP na qualificação de fornecedores e candidatos para o acordo quadro de Informática, lançado no presente ano de 2021 que este candidato evidenciou), mas sim fornecer equipamento de impressão, consumíveis, papel, prestar assistência técnica a todos esses e restante equipamentos do parque de impressão e garantir o seu ininterrupto funcionamento durante 5 anos.

Naturalmente que é necessário garantir à entidade adjudicante que o adjudicatário tenha capacidade demonstrada e comprovada face a este objeto contratual e não a qualquer outro.

Desta forma, os requisitos mínimos da capacidade técnica e financeira, proporcionalmente fixados nos artigos 11.º e 12.º do programa do concurso, são adequados a garantir o know-how do candidato face à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e a sua adequação às características, complexidade e especificidade do mesmo.

4. Quanto ao facto de não poder ser exigido ao consórcio candidato identificar cabal e minuciosamente a equipa técnica:

Como acontece com a restante argumentação, também aqui não abona qualquer razão ao candidato.

Face ao objeto do contrato torna-se evidente e necessária a existência da exigência de identificar a equipa técnica do candidato que será alocada ao contrato. Tanto mais que é

necessário, desde já, garantir essa capacidade técnica como condição de apresentação de proposta⁵.

Também relativamente a esta matéria são bastos os exemplos de procedimentos publicados no portal base.gov.pt com tratamento idêntico ao preceituado neste procedimento:

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7690116>

Entidades adjudicantes: AdRA - Aguas da Região de Aveiro, S. A. (509107630)

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7598445>

Entidades adjudicantes: Banco de Portugal (500792771)

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=6648967>

Entidades adjudicantes. Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte (600074404)

<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=6717208>

Entidades adjudicantes: INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P. (600037002)

<https://qgov.saphety.com/bizgov/econcursos/procedurePiecesExport206315!exportProcedure.action>

Entidades adjudicantes: Autoridade Tributária e Aduaneira do Ministério das Finanças

<https://gov.saphety.com/bizgov/econcursos/procedurePiecesExport205270!exportProcedure.action>

Entidades adjudicantes: Autoridade Tributária e Aduaneira do Ministério das Finanças

Em todos estes procedimentos e exigida a apresentação dos curriculum vitae dos recursos a integrar a equipa técnica para, dessa forma, aferir a sua capacidade técnica. Nos três últimos procedimentos além da identificação da equipa técnica e dos curriculum vitae respetivos, e exigida que a experiência desta decorra de contratos de natureza similar ao objeto do procedimento que é lançado.

Mesmo no que concerne ao número de elementos mínimos que deverão constituir a equipa técnica (no caso deste procedimento: 5 elementos) também aqui a entidade adjudicante foi proporcional à exigência do objeto do contrato (tendo também por referência o histórico dos contratos anteriores com objeto similar) e adequou este requisito mínimo de forma a garantir o know-how do candidato face à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e a sua adequação às características, complexidade e especificidade do mesmo.

5. Conclusão

⁵ “Obviamente que aqui fica a ressalva de certa documentação poder ser apresentada nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 187.º do CCP, mas sempre previamente à apresentação de proposta e na condição de serem identificados os elementos da equipa técnica”.

É por demais evidente que o candidato, face às inúmeras razões de exclusão que a sua candidatura padece, não poderia deixar de saber, aquando da submissão da mesma, que esta viria a ser excluída. Não obstante, avançou omitindo informação relativa à equipa técnica que sabia não existir (ou pelo menos com as competências mínimas que eram exigidas) no membro do consórcio com sede na Região Autónoma da Madeira. Juntou comprovativos de contratos que sabia não preencherem os requisitos técnicos mínimos indicados. Não satisfeito com a exclusão (por violação dos requisitos mínimos de capacidade técnica previstos nas alíneas a), b), e) e f) do artigo 12.º do Programa do Concurso), veio então afirmar que tais requisitos técnicos estavam formulados em «ofensa aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da concorrência, da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação previstos no artigo 1.º A do Código dos Concursos Públicos por banda da entidade adjudicante, impõe-se a anulação do presente procedimento de concurso limitado por previa qualificação». Como fica devidamente explanado, tal não corresponde à verdade, quer pela definição do objeto contratual deste procedimento, quer pela praxis cabalmente demonstrada em procedimentos de natureza similar disponíveis no portal base gov.pt.

Quer os requisitos mínimos de capacidade financeira quer os da capacidade técnica foram fixados de forma clara, transparente e proporcional face ao objeto do contrato, em cumprimento das regras e princípios aplicáveis ao procedimento concursal utilizado.

A capacidade mínima que os artigos 11.º e 12.º do Programa de Concurso visaram aferir corresponde, indubitavelmente, à capacidade instalada que a entidade adjudicante entendeu ser a mínima e, por conseguinte, adequada a garantir o know-how do candidato face à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e a sua adequação às características, complexidade e especificidade do mesmo.

Desta forma, o Júri delibera manter a análise das candidaturas, não alterando o teor, a exclusão e a conclusão do Relatório Preliminar, para o qual se remete nos seus precisos termos, e que ora se resume:

Após a análise de toda a documentação apresentada pelo candidato em Consorcio Beltrão Coelho - Sistemas de Escritório, Lda. & Duplipélago - Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda., conclui o Júri que este candidato não preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica previstos nas alíneas a), b), e) e f) do artigo 12.º do Programa do Concurso. Este incumprimento determina a exclusão deste candidato por violação das alíneas a), b), e) e f) do artigo 12.º e d), f) e i) do n.º 1 do artigo 14.º ambos do Programa do Concurso, nos termos do disposto nas alíneas d), e) e l) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, quer relativamente ao Lote 1, quer relativamente ao Lote 2.

A candidatura apresentada pelo candidato Caldeira, Costa & Companhia Unipessoal, Lda. foi objeto de análise, tendo-se verificado que foi apresentada conforme o solicitado e que, pela documentação junta, se comprova cumprir todos os requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica previstos nos artigos 11.º e 12.º do Programa do Concurso - pelo que se encontra em condições de ser qualificado quer relativamente ao Lote 1, quer relativamente ao Lote 2.”

- h)** O relatório final de qualificação foi aprovado por despacho do Secretário Regional das Finanças, de 24 de agosto de 2021, com parecer positivo da Diretora Regional do Património, de 23 de agosto de 2021, ambos exarados sobre informação interna do

Diretor de Serviços de Gestão Administrativa e Contratação Pública, datada do dia 19 de agosto anterior.

- i) Após a análise (formal) da proposta apresentada pelo único concorrente convidado, a aquisição de serviços de aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o Governo Regional da Madeira foi àquele adjudicada por despacho do Presidente do Governo Regional da Madeira, datado de 19 de outubro de 2021, com o parecer concordante do Secretário Regional das Finanças, da mesma data, ambos exarados sobre a informação da Diretora Regional do Património de 15 de outubro.
- j) Em sede da respetiva verificação preliminar o correspondente processo foi devolvido, no dia 14 de dezembro de 2021, a fim de serem facultados documentos complementares e prestados esclarecimentos. Em concreto, e para o que ora importa apreciar, foi solicitado que se fundamentasse legalmente a exigência feita no artigo 12.º, als. a) e b), do programa do procedimento de que, para efeitos de demonstração da capacidade técnica, as prestações de serviços de objeto similar tivessem de ter sido executadas exclusivamente em Portugal [vide a al. b) do ofício], e que se remetesse cópia da pronúncia apresentada em sede de audiência prévia pelo consórcio candidato *Beltrão Coelho – Sistemas de Escritório, Lda.*, e *Duplipélago – Sociedade de Equipamentos Comerciais e Industriais, Lda.* [vide a al. e) do mesmo ofício].
- k) Não se confrontou, porém, a Direção Regional do Património com a exigência feita quando à obrigatoriedade, para o mesmo efeito, de os candidatos disporem de um quadro de pessoal com um nº mínimo de trabalhadores a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira, vertidas nas als. e) e f) do mesmo artigo 12.º. Em resposta, concedida a 22 de dezembro p.p., veio a Direção Regional do Património, no tocante à questão colocada na al. b) antes referida, defender o seguinte entendimento:

“A definição da capacidade técnica relevante e a forma de concretização e comprovação insere-se na ampla margem de decisão da administração pública.

Ao exigir a demonstração de experiência em Portugal, a entidade adjudicante garante que os concorrentes são conhecedores da realidade do mercado português, que abrange a economia regional, incluindo suas especificidades, burocracias, infraestruturas e transportes, e todos os normais trâmites de transações comerciais no território nacional, visando-se a boa execução do futuro contrato.

O mercado português possui particularidades específicas, desafios de acesso a materiais, aprovisionamentos, tempos de encomendas e fornecimentos, vicissitudes que a entidade

adjudicante tem de aferir, por comparação com experiência adquiridas em situações anteriores com níveis de execução de contratos similares celebrados em Portugal, visto que, mutatis mutandis, é a realidade mais próxima àquela que será sentida na Região Autónoma da Madeira (RAM) e na qual será executada o contrato.

Face ao objeto do contrato a celebrar – a aquisição em aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia – é justificável que os concorrentes tenham de ter experiência na prestação de serviços similares no território de Portugal Continental ou Regiões Autónomas, sendo que a verificação do cumprimento do requisito torna-se assim mais capaz quanto à comprovação da veracidade das declarações e documentação em causa, quer quanto às partes, quer quanto ao objeto.

Esta exigência abarca a necessidade de assegurar que os concorrentes tivessem a experiência e o conhecimento da própria forma que juridicamente reveste esta prestação, o que é, como se realiza, o que é expectável que venha a ser executado, visto que, a Lex loci contractus diverge entre ordenamentos jurídicos e, em resultado disso, também a experiência adquirida.

Possibilita, por isso mesmo, uma melhor aferição dos requisitos em causa na fase de qualificação, por se tratar de experiências com os mesmos valores mínimos e nos mesmos territórios, e influencia, positivamente, na posterior comparabilidade das propostas apresentadas pelos operadores económicos que foram qualificados com experiências equivalentes.

Porque assente em realidades conhecidas e com modelos de controlo conhecidos, permite à entidade adjudicante aferir qual a capacidade técnica do concorrente para dar resposta as vicissitudes contratuais que, eventualmente, possam existir, sendo esta exigência necessária e proporcional para aferição da sua adequação à especial complexidade deste objeto contratual.

Jurisprudência existente que suporta a posição adotada pela entidade adjudicante:

– Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo processo n.º 0739/16 de 20 de outubro «I - As entidades adjudicantes podem fixar os requisitos mínimos de capacidade, designadamente de capacidade técnica, que estimem indispensáveis para a boa execução do objeto do contrato, sendo certo que a lista do artigo 165.º do CCP é apenas exemplificativa. II - Nos termos do n.º 1 do artigo 165.º do CCP, os «requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar». Disponível em:

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/oa472c0913de4ad9802580570053a52f?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

– Acórdão do Tribunal de Justiça da EU de 18 de maio de 1982. THE QUEEN CONTRA SECRETARY OF STATE FOR HOME DEPARTMENT, EX PARTE EVANS MEDICAL LTD E MACFARLAN SMITH LTD – Case C-324/93. Disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0324>”.

- I)** No tocante à pronúncia apresentada em sede de audiência prévia pelo consórcio candidato Beltrão Coelho – Sistemas de Escritório, Lda., e Duplipélago – Sociedade de Equipamentos

Comerciais e Industriais, Lda., requerida na al. e) do ofício, transcrevem-se os seguintes excertos:

“7. Importa relembrar quem outorgou o contrato de aquisição em aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o Governo Regional da Madeira outorgado em 11 de Dezembro de 2017 e decorrente do procedimento de concurso público com o número de processo 16/CP/2017: a mesma entidade adjudicante e o mesmo candidato, cuja candidatura se mostra agora ordenada.

(...)

13. Sabe e não pode ignorar que ao definir os requisitos mínimos de capacidade técnica no presente procedimento, ao arrepio dos ditames da boa-fé, lesa os dinheiros públicos, iniciando procedimento concursal que «assenta que nem uma luva» a um único candidato, cuja proposta a apresentar será sempre pelo preço base do procedimento, ou seja, 3.800.000,00€ (três milhões e oitocentos mil euros).

14. Como também sabe a entidade adjudicante que ao definir os requisitos mínimos de capacidade técnica tal como patente no artigo 12º do programa de concurso, estanca a apresentação de propostas economicamente mais vantajosas.

(...)

17. Assim, porque violador dos princípios basilares de contratação pública, nomeadamente, dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé,

18. Bem como os princípios da concorrência, da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação previstos no artigo 1º A do Código dos Concursos Público,

19. Padece o procedimento nº 8037/2021 ao qual correspondente o processo nº 10/CL/2021—Aquisição em aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o governo regional da madeira de manifesta ilegalidade.

20. Partilhando o ora sufragado, dá-se nota do proferido em acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Processo nº 11595/14, de 2 0-04-2017, no qual se deliberou que «Do art. 165º n.ºs 1 e 5, do CCP, decorre que o legislador deixou alguma margem de liberdade às entidades adjudicantes para a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos, mas tal margem de liberdade não é ilimitada, pois os critérios escolhidos têm de ser adequados ao objeto do contrato a celebrar, assegurando, assim, o respeito pelos princípios da concorrência e da proporcionalidade.»

21. Acresce ainda, não poder a entidade adjudicante desconhecer os procedimentos da ESPAP no que concerne a qualificação de fornecedores e candidatos para o acordo quadro de Informática, lançado no presente ano de 2021, conforme anexos 1, 2 e 3, onde se poderá constatar que os princípios basilares que regem o código da contratação pública são integralmente respeitados por estes representantes da Administração Pública.

(...)

24. Bastava para o cumprimento dos requisitos previstos nas alíneas e) e f) do artigo 12.º do programa de concurso, a documentação junta à candidatura, sendo que se dúvidas existisse, sempre poderia a entidade adjudicante peticionar esclarecimentos”.

m) Perante o alegado tornou-se necessário proceder à devolução do correspondente processo, em 27 de dezembro, através do Despacho do Juiz Conselheiro n.º 55/FP/2021, a fim de que a Direção Regional do Património fosse instada, para o que importa:

a) A precisar quais as específicas particularidades que o mercado português possui e que suportaram a exigência feita no artigo 12.º do programa do procedimento de que, para efeitos de demonstração da capacidade técnica que os candidatos deviam preencher, as prestações de serviços de objeto similar tivessem de ter sido executadas exclusivamente em Portugal (não se voltando a fazer referência à dotação dos respetivos quadros de pessoal com trabalhadores a desempenhar funções de forma permanente na Região Autónoma da Madeira), e

b) A demonstrar que esse requisito é adequado e indispensável face ao fim que se pretende alcançar com a presente contratação e que o mesmo observa os princípios reguladores da contratação pública, nomeadamente o da concorrência e o da proporcionalidade.

n) Na sua resposta, entrada neste Tribunal em 13 de janeiro p.p., veio aquela entidade alegar que:

“a) Os requisitos específicos exigidos para a qualificação dos candidatos, para aferir as capacidades técnica e financeira são definidos, não pela lei, mas pela própria entidade adjudicante no programa do procedimento — circunstância demonstrativa da especificidade destes requisitos, que atendem à particular configuração do contrato cuja adjudicação se visa.

A qualificação, sendo anterior à apresentação das propostas, assegura à entidade adjudicante que quem quer que venha a ser o adjudicatário terá capacidade para cumprir pontualmente o contrato (ARROWSMITH, 1996: 713). Assim, esta etapa procedimental pode ser entendida como uma fase de «triagem», que permite selecionar os candidatos aptos a passar à fase seguinte — apresentação de propostas — e entrar, efetivamente, no micromercado criado pelo procedimento pré-contratual em causa (o mercado da contratação pública stricto sensu).

Esta ideia, pela qual se expressa a vertente concorrencial e (pré-)seletiva dos requisitos de acesso ao mercado da contratação pública, imbrica-se numa outra: a entrada dos operadores económicos no mercado pressupõe uma avaliação prévia da Administração contratante (GIGLIONI, 2008: 235) Ou seja, o momento avaliador não se esgota na escolha do adjudicatário, antes deste existem outros patamares seletivos, aos quais, em bom rigor, imerge uma avaliação — ainda que indireta — dos operadores económicos (na fase de acesso ao mercado) e das propostas (na fase de corrida pela adjudicação): nisto consiste a concorrência para o mercado.

A final, a escolha da entidade adjudicante deverá refletir esta seleção prévia e, em nome do Best Value for Money, a adequação do adjudicatário à prossecução do fim visado pelo contrato em condições o mais favoráveis possível para o interesse público.

Conforme esclarecimentos já prestados no âmbito deste processo de visto n.º 141/2021, entende-se que uma das justificações inerentes à exigência prevista no artigo 12º do Programa do Procedimento, é fundada nas particularidades específicas do mercado português e no modelo de negócio do outsourcing de impressão.

Tais particularidades reconhecidas por entidades nacionais, europeias e internacionais reconduzem-se a aspetos como: (i) pequena e limitada economia aberta, (ii) nível de capital humano menos técnico, qualificado e disponível, (iii) produtividade mais reduzida, (iv) diminuída qualidade dos fatores e tecnologias de produção, (v) fatores restritivos derivados da carga administrativa, (vi) pouca flexibilidade e eficiência, (vii) rígida estrutura de custos, (viii) fragilidades económico-financeiras e estruturais, e (ix) volatilidades cíclicas.

Embora se verifique uma melhoria da posição de Portugal nos últimos anos, continua a existir uma acentuada diferença face a outros países, com repercussões quer nas atividades das empresas que operam em Portugal e, por conseguinte, na própria execução do contrato a celebrar, quer no funcionamento das próprias entidades adjudicantes.

As específicas particularidades do mercado nacional, onde se inclui a economia regional, contribuem assim para a exigência do requisito de capacidade técnica previsto no artigo 12º do Programa do Procedimento, e visam assegurar o cumprimento das obrigações contratuais. Referimo-nos, em particular, aos tempos de entrega e de prestação de serviços de assistência, assim como uma maior resiliência a vicissitudes diversas que ocorram.

Essas particularidades específicas do mercado português, como supra se referiu, interferem e moldam de forma diferenciada o modelo de negócio do outsourcing de impressão em Portugal face à forma como este é praticado em outros países, nomeadamente europeus. As particularidades do mercado português reconduzem a uma (ainda) considerável concentração, nas empresas que se dedicam a este tipo de negócio, dos vários aspetos contratuais, em detrimento de uma subcontratação que, apesar de (já) existir, ainda é muito incipiente — em contraste com o praticado noutros mercados europeus em que o recurso à subcontratação constitui a regra e o maior peso neste tipo de contratos.

A experiência dos concorrentes em prestações similares noutros países, que não Portugal, não permitiria assim à entidade adjudicante aferir se os concorrentes conhecem as especificidades do mercado nacional e estão aptos a prestar os serviços em tais condições.

Veja-se também que estão em causa especificidades não só práticas, como também legais, sendo essencial o conhecimento e correta aplicação da legislação portuguesa ao objeto contratual, e a tudo o que se mostra indireta ou acessoriamente necessário ao respetivo cumprimento, como legislação laboral, fiscal e ambiental, por exemplo.

Os termos do requisito em causa justificam-se ainda pela inegável e maior interligação da Região Autónoma da Madeira com o território continental e Açores do que com outros países, pelo que a exigência de experiência em Portugal, além de permitir aferir da capacidade de adaptação às particularidades do mercado nacional, não limita desnecessariamente o âmbito geográfico relevante, sem qualquer preferência estritamente regional.

b) A fixação dos requisitos mínimos, sendo discricionária — rectius, preenchendo valorativamente o conceito de interesse público visado com o concurso em questão — não é naturalmente arbitrária. Ou seja, o estabelecimento de uma fasquia de exigência técnica que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência — naturalmente um fator em si de limitação da concorrência — está, ainda assim, em linha com um critério

de necessidade e adequação face à natureza das prestações contratuais a adjudicar e, nessa medida, em respeito pelos princípios da concorrência e da proporcionalidade.

E, temos para nós que a experiência dos candidatos não pode deixar de ser atendida, uma vez que se trata de um contrato de execução complexa, devendo a contratação garantir a capacidade da entidade adjudicatária de manter a ininterruptibilidade dos serviços de impressão tendo em conta as especificidades do mercado português. Ou seja, a regra encontrada justificada e é proporcional aos objetivos a prosseguir.

Com efeito, os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos destinam-se a aferir se o concorrente tem a necessária dimensão, estrutura, capacidade para executar adequadamente o contrato.

Por conseguinte, este requisito de capacidade técnica previsto no artigo 12º do Programa do Procedimento, afigura-se útil, lógico e justificado para assegurar a boa execução do futuro contrato, sendo adequado, necessário e proporcional ao objeto contratual.

Nota-se que tal requisito não tem por efeito tornar impossível, nem extremamente difícil, que entidades nacionais e estrangeiras (considerando, desde logo, a liberdade de prestação de serviços na União Europeia) concorressem ao procedimento, não colocando assim em causa os princípios conformadores da contratação pública, em especial o da concorrência e o da proporcionalidade. De facto, qualquer entidade, sediada em Portugal ou noutro país, poderia concorrer ao presente procedimento, por si, ou através de terceiros.

E não se poderá também deixar de se referir a importância dos serviços a contratar para a atividade do Governo Regional da Madeira e que justificam a proporcionalidade dos requisitos exigidos. A aquisição de serviços de aluguer de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia é fundamental para a atividade do Governo Regional da Madeira, pelo que quaisquer constrangimentos na execução do contrato poderão dar origem a prejuízos sérios e afetar o normal funcionamento dos serviços públicos insulares.

A avaliação da capacidade técnica exigida está ligada única e exclusivamente ao objeto do contrato e é inteiramente proporcional à satisfação das obrigações decorrentes do particular e concreto contrato a adjudicar (em respeito pelos princípios da concorrência e o da proporcionalidade).

Independentemente do claro e sustentado respeito pelos princípios reguladores da contratação pública, mormente os princípios da concorrência e da proporcionalidade, que norteou a exigência das prestações de serviços de objeto similar tivessem de ter sido executadas exclusivamente em Portugal, certo é que nos termos dos artigos 168.º, n.º 4 e 179.º, n.º 2, ambos do CCP, admite-se que os candidatos possam invocar a capacidade técnica de terceiros para preencher esses requisitos e independentemente do vínculo jurídico estabelecido com eles, nomeadamente o de subcontratação — o que afasta, de todo, qualquer dúvida que ainda restasse sobre a necessidade, coerência, adequação, proporcionalidade e indispensabilidade de tal requisito.

De acordo com o disposto no artigo 58.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro: «No que respeita à capacidade técnica e profissional, as autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato»; mais adiante prevê-se no artigo 63.º, n.º 1, que «um operador económico pode, se necessário e para

um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. (...) os operadores económicos só podem recorrer às capacidades de outras entidades quando estas últimas assegurem a execução da empreitada de obras ou o fornecimento dos serviços para os quais são exigidas essas capacidades»”.

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

11 Não houve factos considerados como não provados pela instância *a quo*.

II - DE DIREITO

12 Face às alegações e conclusões do recorrente, são as seguintes as questões a analisar:

- *Tem legitimidade a entidade requerente? (§ 1)*

- *Os requisitos de carácter técnico definidos no art. 12.º, alíneas a), b), e) e f) do programa do procedimento são ilegais (abrangendo-se, tanto a ilegalidade em sentido estrito, como a nulidade) em termos de serem fundamento de recusa de visto? (§ 2)*

- *Deveria ter sido concedido o visto com recomendações, ao abrigo do art. 44.º, n.º 4 LOPTC? (§ 3)*

13 As entidades fiscalizadas estão sujeitas ao ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC, as instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas⁶, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto pelo artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.

⁶ Publicada no *Diário da República*, 2.ª série, de 4-5-2020, revista pelas Resoluções n.º 2/2020 e n.º 4/2020 e integralmente republicada no *DR*, 2.ª série, de 14-7-2020 e, na sua atual versão, no *DR*, 2.ª série, de 5-1-2021.

- 14 As conclusões das alegações definem o objeto do recurso e delimitam o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil - CPC), sem prejuízo das questões passíveis de conhecimento oficioso (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* artigo 663.º, n.º 2, do CPC), normas supletivamente aplicáveis ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC.
- 15 Na apreciação do recurso, o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as questões que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações e conclusões de recurso, além de que não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada, tudo conforme resulta do disposto nos artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC.
- 16 Não tendo o recorrente impugnado a matéria de facto, a decisão a proferir deverá ser tomada com base no elenco de factos provados acima constantes

§ 1

Da legitimidade da entidade requerente

17. Alega a recorrente (de forma sintética) que “A *Direcção Regional do Património (DRP)* não tem personalidade nem capacidade judiciária, não podendo por si constituir mandatário, o que é do conhecimento oficioso. Ilegitimidade essa que se invoca para todos os efeitos legais”.
18. Conforme já foi afirmado por este tribunal na Decisão n.º 398/2018, de 20/04/2018 (proferida no Processo n.º 814/2018 e disponível em https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Decisoes/1seccao/Documents/2018/Decisao_0398_2018.pdf), “o interesse direto no processo de fiscalização direta que conforma a legitimidade para o requerimento inicial – atentas as disposições conjugadas dos artigos 80.º e 81.º, n.º 1, da LOPTC e artigo 30.º, n.º 1 do Código de Processo Civil (CPC) – é indissociável do âmbito subjetivo da jurisdição do TdC nesse domínio, delimitado, nomeadamente, pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea c) da LOPTC”.
19. Assim, será no confronto das normas que definem o âmbito subjetivo da jurisdição do TdC na fiscalização prévia (legitimidade substantiva) com as que determinam a responsabilidade pelo impulso processual (legitimidade processual) que se deverá procurar a solução para a

questão da ilegitimidade invocada pela recorrente (*rectius*, falta de personalidade e capacidade judiciárias que determinarão, no entender da recorrente, a sua ilegitimidade).

20. O art.º 5.º, n.º 1, alínea c) da LOPTC estatui que *“compete, em especial, ao Tribunal de Contas: (...) c) Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou”*.
21. Na delimitação do âmbito de competência do TdC, por sua vez, o art.º 2.º, n.º 1, alínea b) estabelece que estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas *“as regiões autónomas e seus serviços”*.
22. A Região Autónoma da Madeira (RAM) é uma pessoa coletiva territorial, dotada de personalidade jurídica de direito público, conforme expressamente afirmado no art.º 2.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira (EPARAM – aprovado pela Lei n.º 13/91, de 5 de junho, na versão dada pela Lei n.º 130/99, de 21 de agosto).
23. O contrato submetido a fiscalização prévia foi celebrado na sequência de adjudicação efetuada por despacho do Presidente do Governo Regional da Madeira, datado de 19 de outubro de 2021, com o parecer concordante do Secretário Regional das Finanças, da mesma data, ambos exarados sobre a informação da Diretora Regional do Património de 15 de outubro.
24. Tal ato do Presidente do Governo Regional enquadra-se nas competências consagradas nos arts. 69.º, alínea i) (*“compete ao Governo Regional: (...) i) administrar e dispor do património regional e celebrar os atos e contratos em que a Região tenha interesse;”*) e 73.º, n.º 1 (*“o Presidente do Governo Regional representa o Governo Regional”*), ambos do EPARAM.
25. O facto de o contrato ter sido subscrito pela Diretora Regional do Património em nada altera o que vem de ser dito, na medida em que é o próprio CCP que prevê no seu art.º 106.º, n.º 5

a possibilidade de delegação da competência para a representação da entidade adjudicante na outorga do contrato, que foi precisamente o que se verificou no contrato aqui em apreço.

26. Lida a decisão de adjudicação proferida pelo Presidente do Governo Regional, da mesma consta expressamente a solicitação (deferida por aquele despacho) de *“delegação na Diretora Regional do Património da competência para realizar as diligências necessárias concretização da adjudicação e para qualquer ato posterior à adjudicação que se mostre necessário, (...) bem como a assinatura do respetivo contrato e eventuais adendas em representação do Sr. Presidente do Governo Regional (ou do Conselho do Governo regional), em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 98.º, n.º 5 do artigo 106.º, no n.º 1 do artigo 109.º e artigo 290.º-A do CCP”* (sublinhado nosso).
27. Ou seja, a Diretora Regional do Património não interveio no contrato em nome próprio, mas sim em representação do Presidente do Governo Regional, no exercício de competência por este delegada.
28. Estamos, pois, perante um contrato outorgado por uma região autónoma, estando, por isso, verificada a legitimidade substantiva da entidade adjudicante, que está sujeita à jurisdição do TdC, nos termos do disposto nos *supra* citados arts. 2.º, n.º 1, alínea b) e 5.º, n.º 1, alínea c) da LOPTC.
29. Aferida a legitimidade substantiva, vejamos agora da legitimidade processual. A este respeito, dispõe o art. 80.º da LOPTC, nos seus números 1 e 4: *“1 - Os processos a remeter ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia devem ser instruídos pelos serviços ou organismos em conformidade com as instruções publicadas na 2.ª série do Diário da República. (...) 4 - Salvo disposição legal em contrário ou delegação de competência, cabe ao dirigente máximo do serviço ou ao presidente do órgão executivo ou de administração o envio dos processos para fiscalização prévia, bem como a posterior remessa dos mesmos, nos termos do n.º 2 do artigo seguinte”*.
30. Esta norma já não diz respeito à legitimidade substantiva, mas sim à processual, pois define a competência para a remessa dos contratos ao TdC.
31. A definição da competência para a remessa dos atos e contratos ao TdC é essencial, na medida em que o processo de fiscalização prévia, conforme na *supra* citada Decisão n.º

398/2018, de 20/04/2018, se disse, é “*uma concretização do paradigma da jurisdição sem ação*” (realce no original), pois o tribunal não pode atuar *ex officio*.

32. Ora, o processo foi remetido a este tribunal pela Diretora Regional do Património, que no email de remessa (com a referência SRF/27139/2021, datado de 23/11/2021, junto aos autos) expressamente se identificou como “*dirigente máximo do serviço (Diretora Regional do Património)*”.
33. Também aqui não se pode deixar de enquadrar esta atuação da Diretora Regional do Património no quadro da delegação de competências que foi feita pelo Presidente do Governo Regional da Madeira no despacho de adjudicação.
34. Aí foi delegada na Diretora Regional do Património “*a competência para realizar as diligências necessárias à concretização da adjudicação e para qualquer ato posterior à adjudicação que se mostre necessário*” (sublinhado nosso), sendo que nessa mesma informação sobre a qual foi exarado o despacho de deferimento do Presidente do Governo Regional se refere expressamente (ponto 10.B.) que “*o contrato resultante deste procedimento está sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, conforme alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º e n.º 1 do artigo 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas*”, pelo que dúvidas não restam quanto a abranger aquela delegação a competência para remessa do contrato a este tribunal.
35. Ou seja, à legitimidade substantiva acima já constatada junta-se a legitimidade processual, pois quem remeteu o contrato a este tribunal é a dirigente máxima do serviço ao qual foi delegada a competência para tal, assim se tendo cumprido o disposto no art. 80.º, n.º 4 da LOPTC.
36. A conclusão da análise vinda de efetuar não pode, pois, deixar de ser a da improcedência da exceção dilatória invocada pela recorrente – não há qualquer falta de personalidade ou capacidade jurídica e judiciária, pois que a entidade adjudicante (Região Autónoma da Madeira) a tem, estando a entidade impulsora deste processo (Direção Regional do Património) a atuar em representação daquela, no âmbito de delegação de competências que lhe garante a legitimidade processual, nos termos estabelecidos pelo art.º 80.º, n.º 4 da LOPTC. Esta norma procede uma extensão da personalidade e capacidade judiciária em

termos paralelos aos dos arts. 12.º e 13.º do Código de Processo Civil, sendo consequentemente, com base e partindo dela - dado ser logo no início do processo judicial iniciado com a remessa do contrato ao tribunal (nos termos do art. 80.º LOPTC) que se aferem os pressupostos processuais -, que deve ser lido, por razões de integração sistemática, o art. 96.º, n.º 1, al. b) LOPTC.

37. Improcede, pois, a exceção dilatória de ilegitimidade invocada.

§ 2

Os requisitos de carácter técnico definidos no art. 12.º, alíneas a), b), e) e f) do programa do procedimento são ilegais (abrangendo-se, tanto a ilegalidade em sentido estrito, como a nulidade) em termos de serem fundamento de recusa de visto?

2.1. Enquadramento normativo, sistemático e valorativo

38. O regime da contratação pública assenta em regras, que compõem os regimes, e em princípios. Estes enformam as diversas disciplinas - em geral com carácter bastante detalhado - do diploma, desempenham o papel de relevante na sua interpretação e consistem mesmo em critério de decisão. Neste último caso, a sua aplicação ao caso permite dar-lhe resposta direta, sem qualquer mediador normativo.

39. Os princípios aplicam-se de forma articulada, contribuindo, ou para fundamentar em conjunto, muitas vezes através de reforço mútuo (como sucede com a igualdade, o interesse público e concorrência, que têm uma área de sobreposição assinalável), uma solução concreta ou para a delimitar num jogo de restrição recíproca, quando isoladamente apontem para eventuais soluções diversas.

Como sublinha, J. Pacheco de Amorim, *Introdução ao direito dos contratos públicos*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 499.

40. No centro de contratação pública está o princípio da concorrência. Na verdade, o fundamento da aquisição de bens e serviços a terceiros para a satisfação de necessidades públicas reside na eficiência económica. Para tal, é necessário que os diversos agentes possam concorrer entre si na apresentação de propostas. Entende-se, de facto, que a sua obtenção de bens e serviços no mercado em condições de concorrência aberta permite obter o melhor resultado económico na relação custo/benefício.
41. Logo, quanto mais ampla for a concorrência, maior será o número de agentes económicos que poderão apresentar propostas e, seguindo-se o raciocínio, melhor será o resultado final. O inverso é igualmente verdade: limitando-se a concorrência, limita-se o número de agentes económicos que podem apresentar propostas e, logo, em princípio, será, do prisma estritamente económico, pior o resultado.
42. Percebe-se, pois, que as limitações à concorrência têm de ser devidamente justificadas noutros interesses ligados às necessidades públicas que se visa satisfazer. Nomeadamente, pela a sua articulação com a boa gestão da coisa pública, se ele num caso específico conduzir, por via da limitação da concorrência, à melhor satisfação dos interesses públicos envolvidos.
43. O princípio da concorrência aponta em primeiro lugar para a preferência dada procedimentos abertos face a procedimentos fechados, *maxime* o ajuste direto, e depois os termos e condições definidos para se satisfazer a necessidade pública previamente definida.
44. Temos assim, em primeiro lugar, a determinação da situação de necessidade que o bem ou serviço visa satisfazer, o carácter adequado do bem ou serviço para esse efeito e a necessidade de se recorrer a um ente externo à administração para o prestar. Com efeito, quanto a este último ponto, não se pode recorrer à contratação externa de bens e serviços, que podem ser alcançados em termos semelhantes através de recursos internos da entidade pública. O princípio da boa administração da coisa pública, nos termos do qual a administração deve “pautar-se por critérios de eficiência [e] economicidade” (art. 5.º, n.º 1 CPA), impõe *per se* esse resultado.
45. A identificação da situação de necessidade a satisfazer e os meios para o efeito cabem ao ente público no âmbito das atribuições que lhe são conferidas. Existe um juízo maior ou

menor, de acordo com o bem em si, de discricionariedade, tanto no que diz respeito às necessidades a satisfazer, que muitas vezes decorrem de opções políticas, como nos instrumentos para as atingir. Assim, p. ex., recurso a uma locação financeira de um bem móvel, como alternativa a um aluguer operacional, ou de uma simples locação. Em qualquer dos casos, a coisa fica à disposição do ente público em condições de utilização próximas.

46. Existindo, conforme se referiu, um juízo de alguma discricionariedade para se fixar os termos procedimentos, esse juízo é sempre limitado pelo princípio da concorrência, bem como de forma acessória o da boa administração e o da proporcionalidade. As restrições que por essa via sejam introduzidas devem, dessa forma, ser devidamente fundamentadas com recurso a critérios objetivos.
47. Como bem se vê, a criação de limitações que não objetiva e claramente justificadas, e devidamente fundamentadas, restringiria logo o objetivo que a própria contratação pública visa alcançar: os melhor bens e serviços ao menor custo. Mais: poderá conduzir a favorecimentos injustificados de umas entidades em detrimento de outras. No limite, podem introduzir-se tantas restrições que só alguns - ou mesmo algum - concorrentes as podem preencher.
48. Pode assim dizer-se, numa breve súmula, que as exigências e os critérios adotados terão sempre que passar pelos princípios de direito administrativo em geral¹⁰, da contratação pública e, por fim, os da jurisdição financeira. Tem aqui especial relevo, a concorrência, como elemento nuclear, a igualdade, boa administração e proporcionalidade. E, no que toca jurisdição financeira, acrescem os princípios da prevalência da materialidade e a tutela do interesse financeiro do Estado. O primeiro decorre da jurisprudência do Tribunal de Contas; o segundo, da articulação das disposições constitucionais sobre esta matéria com a disciplina da LOPTC.
49. Visto isto, passamos ao procedimento a adaptar. Neste caso, recorreu-se a um concurso limitado por prévia qualificação, que segue, com as necessárias adaptações, o regime do

¹⁰ Sobre eles, ver Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, *Direito administrativo geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, Dom Quixote, Lisboa, 2004, pp. 201, ss..
Sobre eles, ver Raquel Carvalho, *Direito da contratação pública*, 2.^a ed., Universidade Católica, Editora, Porto, 2021, pp. 38, ss.

concurso público com as especialidades decorrentes dos artigos 163.º e seguintes (art. 162.º, n.º 1 CCP).

50. Ele é caracterizado por se dividir em duas fases: a qualificação e o concurso em si.¹¹ Num primeiro momento, só serão admitidos os candidatos que cumpram os requisitos mínimos de capacidade prévia definidos no programa do concurso (art. 164.º, n.º, a. h) CCP). Tais requisitos podem descrever situações, qualidades, características, ou outros elementos de facto, relativos designadamente, à experiência curricular dos candidatos, aos recursos humanos, tecnológicos de equipamento ou outros utilizados a qualquer título pelos candidatos, assim como ao modelo e à capacidade organizacionais do candidato (art. 165.º, n.º 1, als. a), b) e c) CCP).
51. Esses requisitos mínimos de capacidade técnica devem ser adequados à natureza do contato a celebrar (art. 165.º, n.º 1, primeira parte) e conformar-se com os princípios jurídicos aplicáveis, onde, como se destacou revestem especial interesse os da concorrência, da igualdade, da boa administração e da proporcionalidade¹². Bem como, adicionalmente, da materialidade e da tutela do interesse financeiro do Estado. Princípios que, em muitos casos, se reforçam mutuamente apontando para um mesmo sentido decisório.
52. Bem se compreende que seja assim. Requisitos excessivos e não objetivamente justificados pelo contrato em si conduzem necessariamente a uma diminuição da concorrência, que este procedimento já de si, por natureza, restringe. O que exige que eles sejam estritamente necessários e proporcionais às necessidades a satisfazer. Na dúvida, deve recorrer-se à interpretação que seja mais conforme à concorrência e ao interesse financeiro do Estado.

2.2. A resolução da questão colocada

¹¹ Ver, sobre ele: Alexandra Leitão, *Lições de direito dos contratos públicos. Parte geral*, AAFDUL, Lisboa, 2014, pp. 158, ss.; Raquel Carvalho, *Direito da contratação pública*, 2.ª ed., Universidade Católica, Editora, Porto, 2021, pp. 343, ss.

¹² Cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos contratos públicos*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 743; Ana Gouveia Martins, *Algumas questões sobre o concurso limitado por prévia qualificação após a revisão do CCP em 2017 e o Documento Europeu único de contratação pública*, in: *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública* (org. Miguel Assis Raimundo) AAFDL, Lisboa, 2021, p.153.

53. Foi celebrado entre a Direção Regional do Património (DRP) da Madeira e a empresa Caldeira Costa & Companhia, Unipessoal, Lda., um contrato de aquisição de serviços aluguer operacional de equipamentos de impressão e serviços de impressão e cópia para o Governo Regional da Madeira primeira entidade na sequência de concurso limitado com prévia qualificação, onde se definiram os requisitos mínimos de capacidade técnica que os candidatos teriam que preencher para serem admitidos ao concurso.
54. Dois deles dizem respeito à necessidade de experiência prévia de celebração dessa modalidade de contratos em Portugal e a necessidade de existência de um quadro mínimo de cinco funcionários na região autónoma da Madeira com vínculo laboral a tempo indeterminado com o concorrente.
55. Serão analisadas em sequência **(a)** e **(b)**.

(a)

56. Nos termos do art. 12.º als. a) e b) do programa do concurso, relativos aos requisitos de capacidade técnica: “Os candidatos devem preencher os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

a) Evidenciar experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 1 (um) contrato de serviços similares, em Portugal, com um prazo mínimo de vigência de 3 anos, e com um valor mínimo anual igual ou superior a 500.000,00€ (quinhentos mil Euros) para o Lote 1 e a 100.000,00€ (cem mil Euros) para o Lote 2 e que tenha sido assinado há menos de 5 (cinco) anos (ou seja, que tenha sido assinado ou renovado em 2016, 2017, 2018, 2019 ou 2020);

b) Evidenciar experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração de pelo menos 3 (três) contratos de serviços similares, em Portugal, com um prazo mínimo de vigência de 1 (um) ano cada, e com um valor mínimo igual ou superior a 100.000,00€ (cem mil Euros) e que tenham sido assinados há menos de 5 (cinco) anos (ou seja, que tenham sido assinados ou renovados em 2016, 2017, 2018, 2019 ou 2020)”.

57. Entende a DRP que a exigência de celebração prévia de contratos similares em Portugal (e em termos diferenciados nas alíneas a) e b), *supra* transcritas) tem por fundamento as “particularidades específicas do mercado português e o modelo de negócio do “outsourcing” de impressão”.
58. Quanto às particularidades específicas do mercado português, alega que:

“Tais particularidades reconhecidas por entidades nacionais, europeias e internacionais reconduzem-se a aspetos como: (i) pequena e limitada economia aberta, (ii) nível de capital humano menos técnico, qualificado e disponível, (iii) produtividade mais reduzida, (iv) diminuída qualidade dos fatores e tecnologias de produção, (v) fatores restritivos derivados da carga administrativa, (vi) pouca flexibilidade e eficiência, (vii) rígida estrutura de custos, (viii) fragilidades económico-financeiras e estruturais, e (ix) volatilidades cíclicas.”

59. Não tem qualquer razão.

60. Em primeiro lugar, diga-se, desde já, que o requisito viola as regras da União Europeia e as liberdades comunitárias: a circulação de bens, pessoas, serviços e capital. São elas que estão na base também do mercado único europeu, que se estende igualmente à prestação de serviços e bens a entidades públicas no âmbito da contratação pública. Já se viu que é esse o fundamento do recurso ao mercado para a satisfação das necessidades públicas a cargo dessas entidades.

61. De todo o modo, e para além disso, a restrição é injustificada e desproporcionada, violando também o princípio da igualdade, agora no que toca aos operadores económicos no mercado europeu, que discrimina negativamente. Aliás, a Jurisprudência do TJ tem sido particularmente incisiva a sancionar este tipo de restrições de carácter territorial¹³.

62. As justificações avançadas pela entidade pública para justificar esta restrição não são convincentes.

63. Desde logo, a fundamentação avançada não diz respeito ao *mercado* português, mas às debilidades apontadas, de um prisma macroeconómico, à *economia* portuguesa, não tendo por isso relação com as eventuais particularidades do mercado em si.

64. Que, na verdade, não existem. O mercado português é um mercado aberto inserido no mercado único comunitário. As empresas portuguesas podem atuar nos outros Estados e as empresas de outros Estados podem atuar em Portugal. Questões como especificidades relativas a transportes, infraestruturas, burocracias ou prazo de entrega não têm qualquer

¹³ Cfr. Ana Gouveia Martins, *Algumas questões sobre o concurso limitado por prévia qualificação após a revisão do CCP em 2017 e o Documento Europeu único de contratação pública*, in: *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública* (org. Miguel Assis Raimundo) AAFDL, Lisboa, 2021, p.153.

sentido num mercado profundamente integrado como o europeu. Não estão, nem poderiam estar, justificadas.

65. O mesmo se diga das questões jurídicas. Mais uma vez: não há especialidades a este propósito do mercado português. De facto, no que diz respeito à contratação pública, o Código da Contratação Pública transpõe diretivas comunitárias, o que confere a este mercado específico uma grande uniformidade jurídica na UE.
66. No âmbito privado, os regimes comerciais são já em grande parte transposições de diretivas comunitárias e, em termos civis, o Código Civil português não consagra no âmbito contratual disposições muito diversas das dos restantes códigos civis europeus nesta área do ordenamento.
67. Por último, ainda quanto a este ponto, o contrato de aluguer operacional¹³ de equipamento informático é um contrato misto com elementos de locação e de prestação de serviços, moldado ao abrigo da liberdade contratual. E muito semelhante a contratos desta natureza nos outros Estados Europeus.
68. Quanto ao serviço em si, é claro que não revela uma especial técnica. Consiste na essência em manter impressoras a funcionar e a substituir os consumíveis, como papel e tinteiros.
69. Não há, assim, quaisquer fundamentos de carácter objetivo para esta restrição: ela viola os princípios da concorrência, da não discriminação, igualdade, boa administração e proporcionalidade.
70. Por fim, não preenche igualmente o disposto no art. 165.º, n.º 1 CCP. Ela não é minimamente adequada à natureza das prestações objeto do contrato. Na verdade, nem com ele se relaciona de forma ténue.
71. Pode desta forma concluir-se, com segurança, que estas disposições violam o art. 1.º-A CCP e o art. 165.º CCP. Atingindo o contrato concluído na sequência deste procedimento (art. 283.º, ns. 1 e 2 CCP).

¹³ Sobre ele, M. Pestana de Vasconcelos, *Direito bancário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 292-293.

72. Embora a questão não tenha sido colocada, e não possa por esse motivo ser aqui considerada fundamento de invalidade, diga-se que este caso poderia ainda ser enquadrado no âmbito da proibição das ajudas de Estado, que impede a criação de obstáculos de forma direta ou indireta ao comércio e, no que agora diretamente interessa, à prestação de serviços intracomunitários (art. 56.º TFUE). Por isso, a exigência de “experiência na prestação de serviços de objeto similar, através da celebração contrato de serviços similares, em Portugal” constituiria uma forma indireta de “fechar” o mercado português e favorecer as entidades que aí desempenham a sua atividade económica nesta área.
73. Sendo concedida pelo Estado, configuraria também uma ajuda estatal ilícita¹⁴, que abrange toda e qualquer vantagem que, independentemente da forma, de forma direta ou indireta confira uma vantagem que afeta a concorrência no mercado interno¹⁵. Esta consiste numa forma de projeção desse princípio na contratação pública¹⁶. A vantagem concedida às empresas nacionais seria aqui a reserva de contratação, ou melhor, do benefício económico decorrente daquele contrato.
74. Não tem mérito o argumento formulado pela entidade pública, segundo o qual não só as empresas com sede em Portugal podem concorrer. Na verdade, as empresas que operam em Portugal serão na esmagadora maioria dos casos empresas nacionais, como decorre mesmo da exemplificação realizada pela entidade. O que significa que se trataria de uma forma indireta de obter esse resultado ilícito. Por conseguinte, seria nula (art. 107.º TFEU).

b)

75. Nos termos do art. 12.º e) e f) do programa do concurso a entidade deve dispor de “*um quadro de pessoal com, no mínimo, 5 (cinco) trabalhadores a desempenhar funções de forma*

¹⁴ Nos termos do art. 107.º TFEU: “Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.”

¹⁵ Sobre elas, ver António Carlos dos Santos/Maria Eduarda Gonçalves/Maria Manuel Leitão Marques, *Direito económico*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 373, ss., p. 374 (para a noção de auxílio de Estado).

¹⁶ Cfr. J. Pacheco de Amorim, *Introdução ao direito dos contratos públicos*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 498.

permanente na Região Autónoma da Madeira, autorizados e tecnicamente qualificados e certificados pelo(s) fabricante(s) dos equipamentos NOVOS propostos [...].”

76. Conforme se referiu, podem ser incluídos nos requisitos mínimos de qualidade técnica aspetos relativos à experiência curricular dos candidatos, bem como aos recursos humanos tecnológicos, de equipamento ou outros. Neste caso, trata-se de requisitos referentes aos recursos humanos do candidato. Compete à entidade, em função do serviço, determinar aqueles que considera necessários à boa execução desse serviço.
77. Há alguma discricionariedade da entidade quanto à fixação desses requisitos, uma vez que será ela que conhece melhor as características dos serviços e a necessidade pública que se visa satisfazer. Todavia, como se referiu igualmente, é necessário que esses requisitos passem pelo teste do art. 165.º, n.º 1, CCP e, em termos mais gerais, pelo dos princípios aplicáveis à contratação pública decorrentes do art. 1.º-A CCP. Na situação em análise, têm particular relevo aqueles da concorrência, da igualdade e da proporcionalidade.
78. Tais princípios, aplicando-se de forma articulada, apontam no seguinte sentido: só podem ser consagradas limitações à concorrência por via de requisitos mínimos relativos aos recursos humanos, se eles forem devidamente justificados pela qualidade do serviço e sejam proporcionais ao fim que se visa alcançar, estando postergadas quaisquer outras limitações.
79. O teste do art. 165.º, n.º 1 CCP poderia, eventualmente, dar-se como preenchido. Estes requisitos são, *prima facie*, adequados à natureza das prestações decorrentes do contrato. Isto é: é legítimo à entidade pública exigir que os membros do pessoal do prestador tenham competência técnica nessa função e que estejam disponíveis em número suficiente para o realizarem atempadamente e com qualidade.
80. Podem é revelar-se desproporcionados e excessivos para essas finalidades e, nessa medida, serem uma restrição injustificada à concorrência e atingirem o interesse financeiro do Estado. É esse aspeto que cumpriria agora analisar. Com especial relevo, porque o carácter injustificado destas restrições, se fosse apurado, poderia concluir que se estava a “fechar” o mercado da Madeira a outros concorrentes.
81. Todavia, para esse fim seria essencial que a entidade pública, questionada sobre esse requisito, o tivesse podido explicar. Contudo, ela não foi confrontada com ele, nem na devolução administrativa, nem na devolução judicial do processo.

82. Não pode, por isso, expor o fundamento dessa exigência. O que significa que, quanto a este esse aspeto, que é fulcral para a resposta ao quesito, não tenha sido observado o princípio do contraditório (art. 13.º LOPTC). Ou seja, para a análise e decisão da questão é essencial apurar elementos, a fornecer pela entidade pública, e permitir-lhe explicar a razão de ser das exigências.
83. Consequentemente, não pode este fundamento ser utilizado para a recusa de visto.
84. No acórdão recorrido, no entanto, esse fundamento de recusa foi utilizado de forma articulada, mas subsidiária (§§ 29 e 30 do acórdão recorrido), àquele exposto *supra* em a). Da análise da decisão do tribunal resulta que, mesmo sem essa limitação, o outro fundamento, mais grave, seria suficiente para negar a concessão do visto.

III. Efeitos das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

85. Foram violados os arts. 1.º-A e 165.º CCP.
86. Haverá que verificar, por último, se as ilegalidades verificadas se enquadram nos fundamentos de recusa de visto previstos taxativamente no art. 44.º, n.º 3 da LOPTC. Com efeito, a “desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos previstos nas leis em vigor”, é fundamento de recusa de visto se configurarem:
- a) Uma nulidade;
 - b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras;
 - c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.
87. As violações do art. 1.º-A CCP e do art. 165.º CCP consistem em ilegalidades (com reflexo no contrato celebrado - art. 283.º, ns. 1 e 2 CCP), que, excluindo outros operadores económicos de participarem no procedimento, são aptas a, potencialmente, levarem à alteração do resultado financeiro, uma vez que se afastou a possibilidade de serem apresentadas outras propostas, eventualmente mais favoráveis desse prisma. Tal é suficiente, à luz da jurisprudência estabilizada deste Tribunal, para se preencher este requisito. Ver, por todos, Acórdão 17/2021 – 1.ª S/SS, de 29/06/2021, e a jurisprudência aí citada.

§ 3

Deveria ter sido concedido o visto com recomendações, ao abrigo do art. 44.º, n.º 4 LOPTC?

88. A entidade alega que o Tribunal deveria ter recorrido ao art. 44.º, n.º 4 LOPTC, nos termos do qual “nos casos previstos na alínea c) do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades”.
89. Não tem razão. O Tribunal não tem o dever de recorrer a este instrumento. Pode fazê-lo em decisão fundamentada. E, claro está, a decisão não é livre. Pelo contrário, o Tribunal deve ter uma especial contenção em recorrer a este mecanismo de carácter excecional. Com efeito, foi - ou há o risco de ser - alterado o resultado financeiro do contrato. Ou seja, é atingido, pelo menos potencialmente, o erário público que cabe, em primeira linha, a esta jurisdição defender.
90. Por esse motivo, só quando outros princípios jurídicos se imponham com tal intensidade que seja aceitável ao Tribunal, num juízo de proporcionalidade, recorrer a esta disposição. Que, repete-se, terá que ser devidamente fundamentada à luz desses outros princípios e da sua prevalência sobre o interesse financeiro (e aqui terá especial relevo ser imediato ou simplesmente potencial) do Estado.
91. Neste caso, a infração é particularmente grave e não se vê que outro princípio jurídico possa justificar a sua prevalência sobre o interesse financeiro do Estado, para mais com uma intensidade tal que o permitisse postergar.

IV. DECISÃO

- Em face do exposto, decide-se julgar totalmente improcedente, com fundamentos só parcialmente coincidentes, o presente recurso, confirmando o acórdão recorrido;
- Emolumentos legais, ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).
- Registe e notifique.

Lisboa, 17 de maio de 2022.

Os Juízes Conselheiros,

(Miguel Pestana de Vasconcelos – Relator)

(Sofia Mesquita David)

(Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho)