

1.ª Secção – SS
Data: 23/07/2019
Processo: 961/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO EM 16-09-2019

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

I. RELATÓRIO

7 O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

- 7.1 A Autoridade Nacional de Aviação Civil (ANAC) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC) para efeitos de fiscalização prévia um contrato outorgado em 8-3-2019 pela requerente e SoftReady, Ld.ª, no valor de 1.725.675,02 € acrescido de IVA à taxa legal.
- 7.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC à requerente para prestação de informação complementar.
- 7.3 Durante a fase de instrução desenvolvida pelo DECOP foi recebida a Informação n.º 35/19 - NATDR¹ relativa a exposição apresentada pela Comissão de Trabalhadores da ANAC que a acompanhou.
- 7.4 Apresentado o processo ao TdC foi determinada uma devolução à requerente para prestar esclarecimentos factuais e, querendo, se pronunciar sobre questões suscitadas (incluindo a comunicação referida mencionada no § 7.3), tendo a entidade requerente remetido dados informativos adicionais (acompanhados de provas complementares) e apresentado a sua alegação, os quais foram ponderados no presente Acórdão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS PROVADOS

¹ Através da comunicação interna n.º 210/2019, determinada pelo Juiz Conselheiro da Área VII da 2.ª Secção do TdC no âmbito do processo 20/2019 - PEQD.

2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

2.1 O contrato celebrado entre a ANAC e SoftReady, em 8-3-2019, tem por objeto aquisição e implementação de sistema integrado de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil, pelo preço de 1.725.675,02 € acrescido de IVA e um prazo de execução de 120 dias.

2.2 O contrato foi outorgado na sequência de concurso limitado por prévia qualificação realizado ao abrigo da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

2.3 O aviso do concurso foi publicitado no *Diário da República*, II série, de 8-10-2018, e no *Jornal Oficial da União Europeia*, de 4-10-2018.

2.4 O fundamento invocado para a modalidade de procedimento adotada foi a «especificidade do bem a adquirir uma vez que só pode ser fornecido por empresas que já detenham este tipo de *software* bem como os requisitos de segurança que se encontram especificados no programa do procedimento» (informação n.º 32-GSIC-2018 elaborada pelo engenheiro Paulo Jerónimo diretor do Gabinete de Desenvolvimento Estratégico de Sistemas de Informação e Comunicações, o qual também veio a ser o presidente do júri).

2.5 A modalidade estabelecida para a avaliação do critério legal de adjudicação («proposta economicamente mais vantajosa») foi a avaliação da melhor relação qualidade – preço com a seguinte divisão por três fatores de ponderação:

a) Preço da proposta: 10%;

b) Qualidade técnica da proposta: 10%;

c) Requisitos funcionais nucleares obrigatórios (RFNO): 80%.

2.6 Relativamente ao fator RFNO determina-se que a sua “*demonstração*” se verificará nos seguintes termos:

«O valor para o RFNO corresponde ao somatório das pontuações obtidas em cada área funcional, segundo a seguinte fórmula:

$$\text{RFNO} = (A + B + C + D + E + F + G + H + I + J)$$

A	Aspetos gerais da solução	10
B	Pessoas e Organizações	5
C	Aeronaves, Simuladores e Infraestruturas	10
D	Planeamento e Gestão de Risco	5
E	Processos, Procedimentos e Controlo Documental	5
F	Regulamentação	15
G	Exames Aeronáuticos	15
H	Certificação e Licenciamento	15
I	Registo de Tráfego Aéreo e Taxação	5
J	Sistema de Supervisão e Oversight do Compliance	15

Para avaliação do RFNO é obrigatória a demonstração das funcionalidades constantes da matriz no Anexo 1.d., que se encontram devidamente assinaladas e valoradas, em que:

1. Cada funcionalidade tem uma pontuação, consoante a importância desse requisito, na solução que se pretende adquirir, a qual consta na tabela do Anexo 1.d ao presente Anexo, fazendo dele parte integrante.

2. A classificação será apurada no decorrer da demonstração, de acordo com a seguinte escala:

a) Disponível (D) - caso o requisito / funcionalidade esteja integralmente disponível, sem necessidade de ajustes adicionais.

b) Indisponível (I) - caso o requisito / funcionalidade não esteja integralmente disponível.

3- Uma funcionalidade de demonstração obrigatória, cujos detalhes não sejam integralmente demonstrados terá automaticamente pontuação nula, ou seja 0, para efeitos de contabilização final, sendo que a valorização que está definida na última coluna da tabela para esta funcionalidade, contabilizará para efeitos de apuramento do percentual que poderá levar à penalização prevista na alínea d) do ponto 3.1 do Anexo I.

3.1 Demonstração dos Requisitos Funcionais Nucleares Obrigatórios

1- As demonstrações dos concorrentes serão analisadas e avaliadas pelo júri, destinando-se a validar o cumprimento de todos os detalhes constantes do Anexo 1.d do Anexo I e a obter a pontuação final decorrente da soma da valorização que está atribuída a cada funcionalidade

2- A sessão de Demonstração será efetuada publicamente, sendo os concorrentes notificados para a sua apresentação, através da plataforma eletrónica, com um mínimo de 3 dias úteis de antecedência, e de acordo com os seguintes critérios e metodologia:

a) A ordem das apresentações é determinada pela ordem alfabética da denominação social dos concorrentes. Em caso de empate a apresentação será feita por ordem de submissão das propostas na plataforma (data e hora).

b) A demonstração terá de ser efetuada com base na solução com que o concorrente se propõe concorrer, podendo este utilizar dados fictícios para efeitos de demonstração, exceto nas funcionalidades em que é explicitamente solicitada a apresentação de dados reais [...]»

2.7 O artigo 15.º, com a epígrafe *Requisitos mínimos*, do programa do procedimento tinha o seguinte teor:

1. Os candidatos devem preencher, obrigatoriamente, de forma ordenada e cumulativa, os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica para se poderem candidatar ao presente procedimento:

a) Para assegurar a qualidade da instalação, implementação e prestação da garantia técnica exigida, considera-se necessário que os candidatos apresentem uma equipa com pelo menos 7 elementos, devendo cada um dos mesmos deter experiência em soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil. Deste modo, o candidato deve comprovar que os elementos da equipa de instalação, implementação e prestação da garantia possuem, neste âmbito e à data da pré-qualificação, uma experiência mínima de 12 meses.

b) Para permitir a intervenção qualificada nas diferentes vertentes da solução, no que respeita à instalação, implementação e prestação da garantia técnica exigida, a equipa apresentada deve, ainda, incluir elementos que detenham competências (profissionais e ou académicas) e experiência mínima de 12 meses nas áreas da programação e base de dados, desenho de interfaces, análise funcional e na área da aviação civil, em geral.

c) A fim de verificar e comprovar a existência de soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil no portfólio do candidato, o mesmo deve demonstrar já ter fornecido tais soluções a entidades que exercem aquelas funções no sector da aviação civil nos últimos 4 anos.

d) Para que possa ser permitido ao candidato o acesso a matérias classificadas no âmbito da atividade que é desenvolvida em determinadas áreas operacionais da ANAC, o mesmo deve ser detentor de uma credenciação de segurança emitida pelo Gabinete Nacional de Segurança, válida à data da apresentação da candidatura para prévia qualificação - este requisito, que atesta e certifica a idoneidade e a confiabilidade do candidato para aceder e manusear informação classificada, é demonstrável através da:

i. Credenciação de Segurança Industrial do candidato ou, caso o candidato se apresente em forma de consórcio, de todas as empresas / entidades que o constituem;

ii. Credenciação de Segurança Individual de pelo menos dois dos elementos da equipa referida nas alíneas a) e b) do n.º 1 do presente artigo;

iii. Declaração de compromisso de renovação das credenciações supracitadas, em caso de adjudicação, durante a vigência do contrato;

e) Os candidatos devem, ainda, preencher, obrigatoriamente, um dos seguintes requisitos de capacidade financeira, para se poderem candidatar ao presente procedimento:

i) Declaração Bancária de acordo com o modelo constante do Anexo VI do CCP;

ii) ou alternativamente demonstrar que a liquidez geral, obtida através do rácio entre o ativo circulante e o passivo circulante calculada através da média aritmética dos exercícios de 2015, 2016 e 2017 é igual ou superior a 1 ou indicador económico equivalente no caso de pessoas singulares, caso o candidato tenha rês exercícios de atividade, ou referentes aos anos concluídos, no caso de não ter a ser demonstrado através da apresentação das respetivas declarações do IES para cada exercício.

Nota: no caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira, desde que pelo menos alguns dos membros que o integram o preencha individualmente.»

2.8 O prazo estabelecido no n.º 2 da cláusula 32.ª do Caderno de Encargos para entrega e instalação do *software* foi de 90 dias.

- 2.9 Na fase de qualificação foram apresentadas duas candidaturas por SoftReady, Ld.^a e GMVIS SkySoft, SA.
- 2.10 A candidatura da GMVIS SkySoft, SA foi excluída na fase de qualificação, tendo sido inicialmente invocadas as alíneas *e*) e *g*) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP (falta de tradução de documentação, não apresentação de cópias certificadas de credenciações e não junção de comprovativo de competências/formações).
- 2.11 O prazo concedido para audiência prévia foi de 5 dias tendo o candidato excluído (GMVIS SkySoft, SA) reclamado contra a sua exclusão referindo, nomeadamente, que os motivos invocados para recusa se reportavam a formalidades não essenciais juntando documentação em falta.
- 2.12 A reclamação foi rejeitada pelo júri que manteve a exclusão do reclamante pois, embora lhe tenha reconhecido parcialmente razão, não deu provimento à respetiva pretensão quanto à falta de apresentação de tradução e concluiu pelo imperativo de exclusão ao abrigo da alínea *g*) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP.
- 2.13 Consequentemente, a única proposta qualificada foi a da empresa SoftReady, Ld.^a.
- 2.14 O cocontratante SoftReady, de acordo com informação prestada pela requerente nos presentes autos a solicitação do Tribunal, foi «consultado, à semelhança do que ocorreu com outras entidades, nos termos do artigo 35.º-A do Código dos Contratos Públicos (CPP), com vista a uma melhor perceção dos valores de referência usualmente praticados no mercado relativos às soluções informáticas que se pretendiam adquirir, assim como valores relativos aos respetivos custos de manutenção».
- 2.15 A referida alegação da requerente, apresentada no quadro de diligências instrutórias em que a requerente foi confrontada com a participação da Comissão de Trabalhadores referida *supra* no § 1.3, não foi acompanhada de qualquer prova documental.
- 2.16 Nas peças do procedimento não consta qualquer elemento probatório ou documentação sobre entidades objeto de consulta preliminar, com inclusão das informações trocadas na preparação do procedimento de formação do contrato, e também não houve lugar a comunicação aos restantes candidatos de comunicações ocorridas com a SoftReady no âmbito da aludida consulta preliminar.
- 2.17 A SoftReady, Ld.^a, a empresa qualificada pelo júri a quem veio a ser adjudicado o contrato, teve como único cliente na área da aviação civil a ANAC (e o seu antecessor o Instituto Nacional de Aviação Civil, IP), por via de quatro contratos todos celebrados na sequência

de ajuste direto, para prestação de serviços informáticos que não compreendem uma tecnicidade específica relativa ao universo da aviação civil:

a) No ano de 2014, a SoftReady foi contratada pelo Instituto Nacional de Aviação Civil, IP, para reengenharia de uma aplicação desenvolvida internamente, aproximadamente 10 anos antes, e que era utilizada pelo Departamento de Operações (OPS) da Direção de Segurança Operacional (DSO) para o controlo de auditorias e inspeções, com o objetivo principal de colmatar não conformidades graves da aplicação apontadas pela Agência Europeia de Segurança Aérea (EASA). A contratação foi efetuada pelo valor de 4 950,00 € (quatro mil novecentos e cinquenta euros) a que acresceu IVA através de um ajuste direto em que foi invocado o regime simplificado regulado no artigo 128.º do Código dos Contratos Públicos.

b) No ano de 2015, por via do procedimento n.º 030/RPD/2015 da ANAC, a SoftReady foi contratada através de um ajuste direto (por invocação da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 16.º e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos) para expansão e adaptação do sistema de gestão de auditorias e inspeções do Departamento de Operações da ANAC aos restantes departamentos da Direção de Segurança Operacional, pelo valor de 30 557,80 € (trinta mil quinhentos e cinquenta e sete euros e oitenta cêntimos) a que acresceu IVA.

c) No ano de 2016, por via do procedimento n.º 048/RPD/2016 da ANAC, foram adquiridos pela ANAC à SoftReady serviços de expansão do sistema de auditorias e inspeções da Direção de Segurança Operacional, às restantes Unidades Orgânicas, nomeadamente, Direção de Certificação Médica, Direção de Infraestruturas e Navegação Aérea, Direção de Regulação Económica, Gabinete de Facilitação e Segurança e Gabinete de Estudos e Controlo de Gestão pelo valor de 30 477,50 € (trinta mil quatrocentos e setenta e sete euros e cinquenta cêntimos), ao qual acresceu IVA à taxa legal em vigor, através de novo ajuste direto, por invocação da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 16.º e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos.

d) No ano de 2017, por via do procedimento n.º 099/RPD/2017, foi adquirido à SoftReady um sistema de *software* de gestão de cartões de acesso às áreas reservadas e restritas dos aeroportos nacionais pelo valor de 74 800,00 € (setenta e quatro mil e oitocentos euros), ao qual acresceu IVA à taxa legal em vigor, através de novo ajuste direto, por invocação da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 16.º e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos.

2.18 Nos aludidos contratos o engenheiro Paulo Jerónimo teve, nomeadamente, as seguintes intervenções:

a) Em 2014, desempenhava funções como técnico de informática avançado do Instituto Nacional de Aviação Civil, I.P., tendo sido corresponsável (com outro técnico) pela informação inicial ao Conselho Diretivo daquele Instituto e integrou o acompanhamento da execução dos trabalhos.

b) Em 2015, desempenhava funções como técnico de informática avançado da ANAC, tendo sido corresponsável (com outro técnico) pela informação inicial ao Conselho de Administração da ANAC tendo, ainda, integrado o acompanhamento interno da execução dos trabalhos.

c) Em 2016, desempenhava funções como técnico de informática avançado da ANAC, tendo sido corresponsável (com outro técnico) pela informação inicial ao Conselho de Administração da ANAC tendo, ainda, integrado o acompanhamento interno da execução dos trabalhos.

d) Em 2017, na qualidade de diretor do Gabinete de Desenvolvimento Estratégico de Sistemas de Informação e Comunicações, foi o autor da informação inicial ao Conselho de Administração onde se comunicou a necessidade e as características funcionais de um novo sistema e integrou o acompanhamento interno da execução dos trabalhos e a monitorização do cumprimento das especificações técnicas do *software*.

2.19 No âmbito do procedimento que culminou no contrato identificado *supra* no § 2.1, o engenheiro Paulo Jerónimo:

a) Efetuou a redação da informação n.º 32 - GSIC - 2018, de 21 de agosto (referida *supra* no § 2.4), onde se preconizou a inadequação tecnológica das ferramentas específicas existentes e foi proposta a aquisição de produtos objeto do procedimento e o modelo e organização do procedimento pré-contratual.

b) Integrou a equipa constituída para a elaboração das peças de procedimento, sendo responsável, na qualidade de diretor da área, pela elaboração dos aspetos funcionais e técnicos do *software* a adquirir.

c) Fez parte da equipa que efetuou a consulta ao mercado.

d) Participou nas várias etapas do procedimento como presidente do júri e colaborou, na qualidade de diretor da área, com a unidade orgânica responsável pela elaboração da minuta de contrato sendo, ainda, designado como gestor do contrato.

- 2.20 Nenhum dos anteriores serviços contratados pela ANAC à SoftReady compreendiam produtos informáticos específicos da área da aviação civil (sendo o *software* de gestão de acessos transversal a uma panóplia muito alargada de entidades e o *software* de registo de auditorias utilizável, pelo menos, para todas as entidades com funções de auditoria e supervisão, o que não é exclusivo do transporte aéreo), pelo que essa empresa nunca tivera experiência em serviços anteriores relativos a componentes técnicas especializadas para aviação civil.
- 2.21 Os anteriores serviços prestados pela SoftReady à ANAC (única entidade com funções de regulação e supervisão da aviação com quem aquela empresa trabalhou) nunca foram objeto de qualquer procedimento concursal e o volume financeiro de todos esses ajustes diretos somados não ultrapassa 8,2% do valor do contrato outorgado em 8-3-2019 e indicado *supra* no § 2.1.
- 2.22 Antes do procedimento concursal que deu origem ao contrato referido *supra* no § 2.1, a SoftReady nunca tinha prestado serviços relativos a produtos informáticos específicos para a área da aviação (civil ou militar) a entidades distintas da ANAC.
- 2.23 Antes do início do procedimento nunca tinham sido adjudicados à SoftReady quaisquer contratos relativos à aquisição de soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil, em Portugal ou no estrangeiro.
- 2.24 A ANAC e a cocontratante SoftReady outorgaram, em 7 de maio de 2019, uma adenda ao contrato sob fiscalização relativa ao início de produção de efeitos contratuais, à classificação orçamental da despesa (de acordo com a alínea *h*) do n.º 1 do artigo 96.º do CCP) e ao respetivo número de compromisso (de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 5º da Lei nº 8/2012, de 21 de fevereiro, e no n.º 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho).
- 2.25 O contrato prevê que «qualquer alteração da equipa de implementação e prestação da garantia pelo adjudicatário, para execução do contrato, das suas funções, ou do seu grau de ocupação/ envolvimento deve ser efetuada mediante comunicação escrita, por qualquer tipo, inclusive por correio eletrónico, com a antecedência mínima de 5 dias».
- 2.26 É o seguinte o teor das cláusulas 9.^a e 10.^a do contrato:

«Cláusula 9.^a

Equipa de implementação e prestação da garantia do segundo outorgante

1. O segundo outorgante nomeará um gestor da implementação e de acompanhamento da garantia que será o interlocutor único do adjudicatário na relação com a ANAC no âmbito do contrato.
2. Sem prejuízo das competências atribuídas a cada departamento ou unidade dentro da orgânica do adjudicatário, é ao gestor da implementação e de acompanhamento da garantia que a entidade adjudicante deve dirigir as suas comunicações, dúvidas, respostas, relatórios e outros assuntos.
3. Qualquer alteração da equipa de implementação e prestação da garantia designada pelo adjudicatário, para execução do contrato, das suas funções ou do seu grau de ocupação/ envolvimento deve ser efetuada mediante comunicação escrita, por qualquer tipo, inclusive por correio eletrónico, com uma antecedência mínima de cinco dias.
- 4- Neste prazo, a ANAC poderá opor-se a qualquer destas alterações, salvo casos de força maior, nomeadamente morte, interdição, baixa médica prolongada, despedimento ou demissão.

Cláusula 10.^a

Equipa de implementação e prestação da garantia do adjudicatário

1. O adjudicatário nomeará um gestor da implementação e de acompanhamento da garantia que será o interlocutor único do adjudicatário na relação com a ANAC no âmbito do contrato.
 2. Sem prejuízo das competências atribuídas a cada departamento ou unidade dentro da orgânica do adjudicatário, é ao gestor da implementação e de acompanhamento da garantia que a entidade adjudicante deve dirigir as suas comunicações, dúvidas, respostas, relatórios e outros assuntos.
 3. Qualquer alteração da equipa de implementação e prestação da garantia designada pelo adjudicatário, para execução do contrato, das suas funções ou do seu grau de ocupação/envolvimento deve ser efetuada mediante comunicação escrita, por qualquer tipo, inclusive por correio eletrónico, com uma antecedência mínima de cinco dias.
 - 4- Neste prazo, a ANAC poderá opor-se a qualquer destas alterações, salvo casos de força maior, nomeadamente morte, interdição, baixa médica prolongada, despedimento ou demissão.»
- 2.27 O contrato e a adenda posteriormente celebrada não preveem que a substituição dos elementos que compõem a equipa do adjudicatário esteja dependente de prévia verificação pela ANAC do impacto daquela alteração e sobre se a mesma proporciona um nível de qualidade equivalente ao assegurado pela equipa originária tendo a ANAC apenas cinco dias para manifestar oposição.
- 2.28 Cessando a relação jurídica de trabalho ou prestação de serviços com a SoftReady do membro da equipa substituído, a ANAC não tem qualquer possibilidade de manifestar oposição à mudança, atento o teor dos números 4 das cláusulas 9.^a e 10.^a, nem de impor quaisquer condições sobre o concreto substituto.

- 2.29 Durante a fase de instrução pelo DECOP foi por este departamento recebida a Informação n.º 35/19 - NATDR elaborada no âmbito do processo 20/2019 - PEQD² acompanhada de exposição apresentada pela Comissão de Trabalhadores da ANAC onde são denunciadas situações relativas às aquisições de serviços de natureza informática pelo Conselho de Administração da ANAC sendo, ainda, referido o contrato objeto do requerimento inicial mencionando-se, nomeadamente, que a adjudicatária SoftReady Ld.^a é propriedade de Sadik Jamal o qual «tem estado, presencialmente, na ANAC nos últimos anos (pelo menos desde 2015) em contacto direto com os serviços, com a anuência da Administração da ANAC, recolhendo informação sobre todo o funcionamento da Autoridade Reguladora, ao nível da regulamentação aplicável, dos procedimentos, competências e atribuições» (cf. *supra* § 1.3).
- 2.30 O referido processo especial de queixa e denúncia teve como objeto denúncia apresentada pela Comissão de Trabalhadores da ANAC dirigida ao Presidente do TdC na qual a referida entidade manifestava a sua preocupação por suspeitas de indícios de irregularidades e favorecimentos indevidos, denunciando que, apesar de um investimento de € 1.517.011,11 nos últimos quatro anos (2015/2018) na rubrica de informática, o diretor dos Serviços de Informática da ANAC (o engenheiro Paulo Jerónimo), através da Informação Interna n.º 32-GSIC-2018, de 21/08/2018, ao fazer o ponto de situação da informatização da referida entidade, manifestou que a mesma não estava dotada de ferramentas informáticas e não possuía o *software* aplicacional adequado para a gestão e para o controlo eficiente e efetivo, e de forma integrada das suas atribuições propondo nova contratação que vise colmatar essas deficiências.
- 2.31 A Comissão de Trabalhadores da ANAC referiu, ainda, que «curiosamente, o objeto do mencionado concurso, agora lançado, incide precisamente sobre os assuntos que este indivíduo [Sadik Jamal] vinha tratando com os serviços da ANAC, numa espécie de preparação prévia efetuada ao longo destes anos para dar resposta precisamente às necessidades que agora a ANAC vem manifestar ao pretender contratar uma empresa que produza um *software* que trate informaticamente vários módulos de gestão, que correspondem às competências de cada unidade orgânica, cujo levantamento tem vindo a ser feito junto dos serviços por este indivíduo».

² Através da comunicação interna n.º 210/2019, determinada por do Juiz Conselheiro da Área de Responsabilidade VII da 2.ª Secção do TdC.

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 3 Relativamente à matéria de facto julgada provada impõe-se destacar:
- 3.1 A entidade fiscalizada tem o 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 Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8³, as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, 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 no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.
- 3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.
- 3.3 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se em factualidade expressamente reconhecida pela requerente e na prova documental junta (em particular a fornecida pela requerente), derivando os juízos sobre a matéria de facto provada de estritas inferências diretas do Tribunal sobre enunciados factuais extraídos daqueles elementos probatórios.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 4 A principal questão jurídica suscitada no presente caso vai ser analisada em duas etapas:
- 4.1 Ilegalidade do contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime concorrencial sobre a respetiva formação estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP);
- 4.2 Efeito da ilegalidade do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.

³ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

Ilegalidade do contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime concorrencial sobre a respetiva formação estabelecido no Código dos Contratos Públicos

- 5 A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 6 O contrato objeto do processo integra o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 3, alínea *c*), 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC — quanto ao elemento subjetivo deve referir-se que a ANAC é pessoa coletiva de direito público com funções de autoridade nacional em matéria de aviação civil e natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa, financeira e de gestão.
- 7 Sendo pacífica a sujeição do procedimento ao CCP, as questões jurídicas fundamentais reportam-se à conformidade legal do procedimento pré-contratual em face do referido regime normativo em conjugação com o regime de fiscalização prévia dos contratos pelo TdC, em particular o fundamento para recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC.
- 8 A primeira norma que se afigura central para a apreciação convocada nesta sede consta do artigo 165.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do CCP⁴: «os requisitos mínimos de capacidade técnica a que se refere a alínea *h*) do n.º 1 do artigo anterior devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente: [...] aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos».
- 9 A referida norma da legislação portuguesa deve ser articulada com o artigo 58.º, com a epígrafe *Critérios de seleção*, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos o qual, nomeadamente, dispõe que: «os critérios de seleção podem estar relacionados com [...] a capacidade técnica e profissional». Acrescentando-se que «as autoridades adjudicantes só podem impor aos operadores económicos os critérios referidos nos n.ºs 2, 3 e 4 a título de condições de participação», e, ainda,

⁴ Na redação vigente após a revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto que entrou em vigor em 1-1-2018 que, aliás, não alterou a referida norma.

que essas restrições se limitam «às que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar», devendo «todos os requisitos» «estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato».

- 10 Por outro lado, o n.º 4 do artigo 58.º da Diretiva 2014/24/EU, «no que respeita à capacidade técnica e profissional», estabelece que «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», podendo «exigir, em especial, que os operadores económicos tenham um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado».
- 11 A questão jurídica suscitada deriva das particulares exigências impostas pelo artigo 15.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do Programa de Procedimento, nomeadamente, quanto à equipa técnica responsável pela execução do contrato.
- 12 Problema jurídico-prático indissociável da específica dinâmica e etapas autónomas do procedimento pré-contratual adotado, concurso público limitado por prévia qualificação.
- 13 Tipo de procedimento que compreende, nomeadamente, a seguinte sequência de fases autónomas:
- 13.1 Apresentação das candidaturas e da qualificação dos candidatos;
 - 13.2 Apresentação e análise das propostas;
 - 13.3 Adjudicação.
- 14 No caso *sub judice* a questão da conformidade dos requisitos mínimos de capacidade técnica estabelecidos no artigo 15.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do Programa de Procedimento é indissociável da circunstância de os mesmos constituírem requisitos de admissão da candidatura suscetíveis de colidirem com os princípios da concorrência, igualdade, adequação e proporcionalidade impostos, nomeadamente, no artigo 165.º, n.º 1, do CCP e artigo 58.º, da Diretiva 2014/24/UE na medida em que limitam candidaturas (numa fase aberta) em termos que não têm suporte nas aludidas normas.
- 15 Limites à admissão de candidaturas e qualificação dos candidatos, com base em fatores que apenas podem ser ponderados como critérios de adjudicação (na fase subsequente em que o universo já está limitado aos candidatos admitidos e se empreende a apresentação e apreciação de propostas).

- 16 A controvérsia existente sobre a admissibilidade de exigências sobre as equipas técnicas sempre se limitou ao momento da adjudicação, podendo referir-se nesse domínio os Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia *Lianakis*, de 24-1-2018 (C-532/06), e *Ambisig*, de 26-3-2015 (C-601/13).
- 17 Domínio em que, sem embargo de variantes jurisprudenciais, se impõe um cânone europeu exigente em sede de critérios de adjudicação relativos às equipas, aliás refletido no disposto pelo atual artigo 75.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*), do CCP revisto em 2017, que tem subjacente a inadmissibilidade de restrições com base em elementos que terão de integrar propostas a apresentar apenas numa fase superveniente do procedimento.
- 18 Isto é, não se podem impor na fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos requisitos mínimos que apenas podem ser exigidos para a fase posterior de análise das propostas como eventuais critérios de adjudicação.
- 19 A entidade adjudicante apresenta argumentos que legitimam a opção pelo concurso público limitado por prévia qualificação e a especial exigência técnica do contrato e a respetiva conexão com alguns requisitos de qualificação previstos.
- 20 A limitação concretizada no artigo 15.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do Programa de Procedimento, quanto à preparação técnica e experiência curricular dos membros da equipa a afetar à execução do contrato logo na fase da prévia qualificação é violadora dos princípios da proporcionalidade e adequação em face do objeto do concreto contrato.
- 21 Com efeito, essas exigências implicam um impedimento, sem justificação, de participação no concurso de operadores que poderiam estar suficientemente habilitados para o efeito (atenta nomeadamente, a exigência estabelecida no artigo 15.º, n.º 1, alínea *c*), do programa do procedimento), em violação dos princípios da transparência, igualdade e concorrência, que constituem a base axiológica do direito da União Europeia, invocada de forma expressa no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP.
- 22 Desta forma, a violação do disposto no artigo 165.º, n.º 1, conjugado com o artigo 164.º, n.º 1, alínea *h*), do CCP e no artigo 58.º, da Diretiva 2014/24/UE, quanto aos critérios da proporcionalidade e adequação na fixação dos requisitos em face do objeto do contrato, implicou uma proibição de se apresentarem candidatos habilitados para a concreta prestação de serviço o que afeta o princípio da concorrência e atinge o interesse financeiro das entidades públicas associado ao mesmo.

- 23 Relativamente à *interpretação conforme* por referência ao artigo 58.º da Diretiva 2014/24/EU devem reiterar-se algumas das considerações do Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.ªS/PL⁵: «corolários principais derivados do *princípio do primado*: (1) inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito ab-rogatório do primado); (2) proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado)» (§ 20 do aludido aresto).
- 24 Acórdão em que também se sublinhou que a «circunstância de o valor do procedimento concursal ficar abaixo do limiar estabelecido no artigo 4.º, n.º 1, alínea a) [no presente caso alínea c)] da Diretiva [...] não constitui um limite à ponderação do direito da União Europeia pelos tribunais de Estados-membros, os quais são tribunais funcionalmente europeus no exercício da respetiva função jurisdicional no quadro do designado *princípio da autonomia processual*» (§ 22 do acórdão).
- 25 Sendo fundamental sublinhar que a Diretiva 2014/24/UE se enquadra num sistema axiológico europeu conformado pelos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como dos princípios deles resultantes, incluindo os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, prosseguindo a finalidade primacial de garantir a abertura dos contratos públicos à concorrência.
- 26 Retornando ao Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL deve atender-se a que «a restrição da competência por prévia comprovação da capacidade técnica aí prevista [no artigo 58.º da Diretiva 2014/24/UE] encontra-se “sujeita a uma aplicação exigente do critério de proporcionalidade” (Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU competition rules*, Hart, Oxford, 2.º ed., 2015, p. 317) — cânone central no Acórdão do TJUE de 14-1-2016 “*Ostas celtnieks*” SIA (proc. C-234/14) no qual, depois de se relembrar a “jurisprudência constante do Tribunal de Justiça” sobre “o direito de qualquer operador económico recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, ‘independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas’, desde que prove à entidade adjudicante que o proponente disporá dos meios necessários para a execução desse contrato”, se concluiu: “o proponente tem a liberdade de escolher, por um lado, a natureza jurídica dos vínculos que pretende estabelecer com outras entidades a cujas capacidades recorre para a execução de um determinado contrato e, por outro, o modo de prova da existência desses vínculos” (§ 28 do acórdão *Ostas*)» — § 28.1 do Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL.

⁵ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>.

- 27 Em face do exposto, a entidade requerente no caso concreto violou a norma da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º do CCP quanto às exigências impostas no artigo 15.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do Programa de Procedimento.
- 28 Em contraponto, afigurando-se, em abstrato a imposição estabelecida no artigo 15.º, n.º 1, alínea *c*), do programa do procedimento conforme os cânones de exigência legais, a respetiva legitimidade depende de se reportar a experiência anterior (nos últimos 4 anos) quanto a «soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil» (cf. *supra* § 10).
- 29 Com efeito, a mera experiência, nos últimos 4 anos, no fornecimento de soluções de *software* «a entidades que exercem aquelas funções no setor da aviação civil» já constituiria uma restrição ilegítima da concorrência, pois a mesma não se reporta a um elemento relevante sobre «capacidade técnica e profissional» «comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado», mas, ao tipo de clientes para que trabalhou o que já não constitui um indício relevante sobre a concreta capacidade técnica para o objeto dos contratos.
- 30 Contudo, no caso do único candidato qualificado, e que trabalhou para entidade adjudicante no passado, apesar de ter beneficiado dessa relação anterior com a entidade adjudicante e de ter sido consultado na organização do concreto procedimento, não preenche o requisito da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 15.º do programa do procedimento quanto ao elemento suscetível de ser relevado, «soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil», pois apenas comprova serviços (de pequena monta e derivados de ajustes diretos), com entidade com competências relativas à aviação civil (no caso exclusivamente a ANAC) relativamente a serviços de *software* informático que na sua raiz não foram concebidos para as especificidades das atividades de regulação e supervisão da aviação civil — cf. *supra* §§ 2.14, 2.16 a 2.23.
- 31 Pelo que se o júri tivesse aplicado de forma rigorosa o artigo 15.º, n.º 1, alínea *c*), do programa do procedimento deveria ter excluído, logo na fase da qualificação, a SoftReady, pois não resulta da documentação fornecida que tivesse comprovado a experiência anterior com soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil.
- 32 Violação dos princípios da legalidade, igualdade, justiça, imparcialidade e boa-fé que se acentua se confrontada com os parâmetros adotados na exclusão do outro candidato que, não beneficiando, ao invés da SoftReady, de uma prévia colaboração com a adjudicante (inclusive quanto à consulta preliminar na organização do procedimento), veio a ser excluído exclusivamente por força de mera formalidade não essencial relativa à tradução de alguma

documentação na fase de qualificação, em sentido contrário ao disposto no artigo 72.º do CCP e respetiva discriminação analítica entre propostas e candidaturas (não existindo qualquer elemento que permitisse inferir que aquele candidato se escusaria a juntar a tradução de toda a documentação na fase subsequente, única em que essa exigência se afigura teleologicamente fundada, sendo um prazo de 5 dias para satisfazer na fase de qualificação essa e todas as outras formalidades que lhe foram impostas em tão curto tempo manifestamente inadequado, cf. *supra* §§ 2.11 a 2.13).

- 33 Imposição de tradução de toda a documentação na fase de qualificação (*supra* § 13) que se apresenta como mais uma exigência desproporcional, em especial na medida em que se pretendia a aquisição de *software* previamente elaborado no âmbito de um mercado específico de natureza internacional, em que a prestação de serviços a um Estado europeu que exige tradução em português se cinge à República Portuguesa (e sua única entidade responsável sobre a referida área funcional, a ANAC), não sendo possível a entidades que operam no mercado europeu, sem prévia informação privilegiada, prepararem antecipadamente uma participação com esses particulares requisitos de tradução de toda a documentação para português — facto que, por si só também constitui uma violação do princípio da concorrência como se analisará com mais detalhe à frente *infra* §§ 56 e 57.
- 34 Retornando ao incumprimento por parte do único candidato admitido dos requisitos substantivos impostos, em face da ausência de experiência prévia dessa empresa «em soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil», a SoftReady também não logrou satisfazer a exigência genérica imposta sobre uma equipa de sete elementos com prévia experiência nessa tipologia de *software* (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 15.º do programa do procedimento), pelo menos no plano minimamente rigoroso de um lastro anterior a operar com o aludido *software* específico em cenários reais, isto é, junto de empresas com essa responsabilidade funcional de regulação e supervisão da aviação civil (cf. sobre os cânones de interpretação das exigências em face dos princípios da concorrência, adequação e proporcionalidade, cf. *supra* §§ 28 a 31).
- 35 Sendo o universo de entidades potencialmente habilitadas no plano técnico empresas que desenvolveram «soluções de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil» as mesmas para terem mercado operam no estrangeiro, prestando os serviços a entidades com funções de regulação e supervisão da aviação civil em outros Estados membros da União Europeia, pelo que a exigência (artigo 15.º, n.º 1, alínea *d*), do programa do procedimento), logo na fase de qualificação (*supra* § 13), de prévias credenciações específicas na

República Portuguesa também se afigura violadora dos artigo 165.º, n.º 1, do CCP e 58.º, n.ºs 1, 2 e 4 da Diretiva 2014/24/UE e dos princípios da concorrência, adequação e proporcionalidade.

- 36 Importa ter presente que a exigência técnica estabelecida no artigo 15.º, n.º 1, alínea c), do programa de procedimento (a qual não foi satisfeita pelo único candidato qualificado pelo júri) implicava por uma questão de congruência que o concurso devesse, fundamentalmente, abranger entidades que operem numa área altamente especializada, em razão da matéria, e de dimensão internacional, por referência às congéneres internacionais da ANAC enquanto organismos sob regulação e supervisão da Agência Europeia de Segurança da Aviação (EASA) e da Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO) com experiência, necessariamente internacional, em trabalhos especializados no setor da regulação e da segurança do transporte aéreo.
- 37 Matérias muito específicas de um setor extremamente regulado e de uma atividade que é apenas exercida por um universo limitado de entidades nacionais com a função de regulação e supervisão da segurança no setor da aviação civil.
- 38 Esse contexto implica que, à partida, entidades que desenvolveram prestações de serviços nessa área específica não têm necessidade prévia de credenciações para intervir em Portugal, sendo certo que não devem existir muitas soluções de *software* específicas nem fabricantes e entidades com autorização para a respetiva instalação.
- 39 Sobre este ponto, a entidade fiscalizada argumentou, no âmbito do presente processo, que «tendo em conta a atividade que é desenvolvida em determinadas áreas operacionais da ANAC, em que é necessário o acesso a matérias classificadas, o candidato devia ser detentor de uma credenciação de segurança emitida pelo Gabinete Nacional de Segurança, válida à data da apresentação da candidatura para prévia qualificação», acrescentando, «a exigência relativa à credenciação de segurança não pode ser apontada como sendo limitadora do princípio da concorrência, tanto mais que se trata de uma exigência legal a que a ANAC está adstrita, por tratar matérias de natureza reservada e confidencial, sobretudo na área *security*, que exigem certificação NATO a todos quantos tenham ou possam vir a ter contacto com as mesmas».
- 40 Sendo em abstrato admissível impor exigências com essas características, no caso concreto, a imposição não foi tempestivamente justificada e a motivação apresentada no processo não é minimamente concretizada (sublinhe-se que as credenciações exigidas são emitidas por entidades nacionais e, como é óbvio, solicitadas por entidades que previamente configuram a sua necessidade para atuações no território nacional), louvando-se em considerandos genéricos insuficientes para a forte limitação à concorrência introduzida, sendo certo que o ónus da

demonstração sobre necessidade, adequação e proporcionalidade das limitações impende sobre entidade adjudicante.

- 41 Acresce que a sujeição dos candidatos na fase de qualificação (*supra* § 13) ao dever de apresentação das três credenciações colide com o princípio da proporcionalidade, ainda que se considerasse comprovada e devidamente fundamentada a respetiva necessidade, pois faz sujeitar operadores no mercado europeu a uma imposição dependente de procedimentos administrativos cuja celeridade não controlam e cuja justificação para essas entidades se afigura excecional e pontual, pois derivada exclusivamente de específico procedimento concursal — sendo que a carência das credenciações apenas se poderia justificar para efeitos de adjudicação e não para participar no procedimento concorrencial.
- 42 Desta forma, as exigências de credenciações estabelecidas no artigo 15.º, n.º 1, alínea *d*), do programa do procedimento para a fase de qualificação também se apresentam incompatíveis com os artigos 165.º, n.º 1, do CCP e 58.º, n.ºs 1, 2 e 4 da Diretiva 2014/24/UE e os princípios da concorrência, adequação e proporcionalidade.
- 43 Dirigindo-se o procedimento à aquisição e implementação de sistema integrado de *software* específico para o setor de regulação e supervisão da aviação civil o mesmo visava necessariamente uma solução tecnológica já criada.
- 44 Aspeto, aliás, confirmado na última alegação (*supra* § 1.4) apresentada pela requerente nos presentes autos em que assumiu que a via adotada, «à semelhança» do que «foi feito pela maioria das restantes congéneres da Autoridade Nacional da Aviação Civil», se reportava à «aquisição de uma solução ou plataforma de gestão já existente», tendo, ainda, alegado que «o objeto do procedimento é a aquisição de uma solução "chave-na-mão", ou seja, de uma solução que já exista no mercado».
- 45 Plano em que se apresenta infundada e violadora da norma n.º 1 do artigo 75.º do CCP a amplitude de ponderação atribuída ao fator RFNO por confronto com a atribuída aos fatores *valor da proposta e qualidade técnica da proposta* (respetivamente 80%, 10% e 10%), pois incidindo a solução tecnológica a avaliar num objeto previamente criado (o produto carecido de avaliação) afigura-se carecido de motivação especial o estabelecer como instrumento decisivo de avaliação do fator RFNO, com um peso de 80%, uma sessão de demonstração/funcionamento condicionada pelas contingências de uma apresentação, especialmente quando se cinge a um evento singular para o qual é proporcionado um muito curto prazo de preparação — de acordo com o programa do procedimento a sessão de demonstração será efetuada publicamente, sendo os concorrentes notificados para a sua apresentação, através da plataforma

eletrónica, com um mínimo de 3 dias úteis de antecedência (cf. *supra* § 2.6) —, sendo certo que é vedada, pelo n.º 4 do artigo 75.º, n.º 4 do CCP, uma etapa suscetível de derivar para uma avaliação da empresa produtora e/ou prestadora e competências comunicacionais dos respetivos apresentadores (em vez de incidir na análise do produto).

- 46 O aludido peso relativo do RFNO (80%) e o método de valoração do mesmo configura nesta perspetiva uma restrição da concorrência incompatível com a norma do n.º 1 do artigo 75.º do CCP e os princípios da adequação e proporcionalidade, conferindo ao operador que já tivesse trabalhado na entidade adjudicante, com mais tempo para se preparar para a demonstração em virtude do conhecimento da preparação do procedimento (enquanto consultor) e dos particularismos dos agentes da ANAC (no plano técnico e comunicacional), ainda que por via de serviços de mais reduzida exigência técnica, o que constitui uma inusitada vantagem relativamente a outros operadores que, ainda, que tivessem produtos de superior qualidade e melhor preço, não dispusessem dos mesmos dados (contingentes e autónomos da qualidade das propostas) na interação com a particular entidade ANAC e respetivos agentes.
- 47 Plano em que o prazo mínimo previsto para a convocatória com vista à referida demonstração reforça a colisão com os princípios da adequação e proporcionalidade, atento, nomeadamente, o mercado internacional em que operam os principais fornecedores da tecnologia objeto do procedimento e o próprio sentido que deve conformar um procedimento vinculado ao critério legal de adjudicação, *proposta economicamente mais vantajosa*, para além da elevada discricionariedade de gestão de um prazo mínimo de apenas 3 dias úteis, de convocatória para uma sessão.
- 48 O artigo 74.º, n.º 1, do CCP estabelece como único critério de adjudicação a «proposta economicamente mais vantajosa», e, por seu turno, o artigo 75.º do CCP compreende um regime geral sobre o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa prescrevendo que os fatores e os eventuais subfactores que o densificam devem abranger «todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos» (n.º 1) e que, para esse efeito, «os fatores e subfactores consideram-se ligados ao objeto do contrato quando estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços a executar ou fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida» (n.º 4).
- 49 O critério legal da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante relaciona-se com o princípio da concorrência que conforma o regime jurídico da contratação pública (que teve por referência a transposição de diretivas da União Europeia), impondo que

na seleção dos fatores e subfactores densificadores se vise uma avaliação das propostas em face de objetivas vantagens económicas para a entidade adjudicante.

- 50 Os fatores adotados no procedimento contrariam o objetivo legal de selecionar a proposta economicamente mais vantajosa, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 74.º do CCP.
- 51 No caso concreto, o modelo de avaliação não contribuiu para a diferenciação de propostas de acordo com uma graduação proporcional e conforme o princípio da igualdade, o que constitui uma subversão do critério legal de adjudicação em violação, ainda, do artigo 139.º, n.º 1, do CCP.
- 52 O contrato submetido a fiscalização violou, assim, o complexo normativo constituído pelos artigos 1.º-A, n.º 1, 74.º, n.ºs 1 e 4, e 139.º, n.º 1, do CCP, regime estabelecido em sintonia com as obrigações do legislador nacional em face do Direito da União, nomeadamente, a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, transposta pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que empreendeu a revisão das indicadas normas do CCP.
- 53 O n.º 6 do artigo 75.º do CCP estabelece: «quando a organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato tenham sido adotados como fatores de avaliação da relação qualidade-preço, o contrato deve garantir que o pessoal empregue cumpra efetivamente as especificações de qualidade especificadas no caderno de encargos e nos requisitos propostos, prevendo expressamente que o pessoal proposto pelo adjudicatário só pode ser substituído com o expresso e prévio consentimento da entidade adjudicante, após verificação de que essa substituição proporciona um nível de qualidade equivalente».
- 54 Em colisão com o disposto no n.º 6 do artigo 75.º do CCP o contrato sob fiscalização e a adenda posteriormente celebrada não preveem que a substituição dos elementos que compõem a equipa do adjudicatário esteja dependente de prévia verificação pela ANAC do impacto daquela alteração e sobre se a mesma proporciona um nível de qualidade equivalente ao assegurado pela equipa originária.
- 55 Por outro lado, se cessar a relação jurídica de trabalho ou prestação de serviços do membro da equipa substituído com a SoftReady, a ANAC não tem sequer qualquer possibilidade de manifestar oposição à mudança, nem de impor quaisquer condições sobre o substituto (*supra* §§ 2.25 a 2.28).
- 56 Desrespeito do artigo 75.º, n.º 6, do CCP cujo impacto se acentua pela circunstância, já valorada, de a exigência sobre a equipa técnica, logo na fase de qualificação, constituir uma violação do no artigo 165.º, n.º 1, do CCP lesando o princípio da concorrência, pelo seu efeito negativo em candidaturas para efeitos de qualificação.

- 57 Como já se referiu, o défice de rigor na avaliação do preenchimento dos requisitos para qualificação do candidato SoftReady articulou-se com a draconiana exclusão do outro candidato por força de falta qualificada como formalidade não essencial relativa à tradução de alguma documentação na fase de qualificação (não existindo qualquer elemento que permitisse inferir que essa entidade se escusaria a juntar a tradução de toda a documentação na fase subsequente, ou mesmo na fase de qualificação desde que lhe fosse concedido um prazo superior a 5 dias para satisfazer essa e todas as outras formalidades que lhe foram impostas em tão curto prazo, cf. *supra* §§ 2.11 a 2.13), imposição desproporcional, em especial na medida em que se pretendia a aquisição de software previamente elaborado no âmbito de um mercado específico e de natureza internacional (cf. *supra* §§ 32 e 33, 43 e 44).
- 58 Exclusão suportada pelo júri na alínea *g*) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, preceito que, no plano do direito nacional, tem de ser articulado com o artigo 72.º, n.º 3, e o artigo 169.º, n.º 2, do CCP, além do valor axiológico da concorrência, com os princípios da prossecução do interesse público, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé consagrados nos artigos 4.º e 6.º a 10.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), plano em que ressalta a importância da colisão com o valor constitucional da igualdade em que o artigo 6.º do CPA constitui corolário do princípio consagrado no artigo 13.º da Constituição, nessa medida violados no procedimento em análise.
- 59 Por último, os factos relativos à admissão do cocontratante na sequência de anteriores colaborações com a ANAC no âmbito de ajustes diretos, respetiva consulta na preparação do procedimento e qualificação da SoftReady como único candidato, embora devesse ter sido excluído por não preencher uma condição substantiva imposta no programa do procedimento (*supra* §§ 2.14 a 2.23, 30 a 36, 43 e 44), devem ser articulados com o sentido das normas dos artigos 35.º-A e 55.º, n.º 1, alíneas *i*) a *k*), do CCP.
- 60 O artigo 35.º-A, n.º 1, do CCP, com a epígrafe *Consulta preliminar ao mercado*, dispõe:
- «1 — Antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação, sem prejuízo do disposto na alínea *j*) do n.º 1 do artigo 55.º
- 2 — A consulta preliminar prevista no número anterior não pode ter por efeito distorcer a concorrência nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência.
- 3 — Quando um candidato ou concorrente, ou uma empresa associada a um candidato ou concorrente, tiver apresentado informação ou parecer à entidade adjudicante ou tiver sido consultada, nos termos dos números anteriores, ou tiver participado de qualquer outra forma

na preparação do procedimento de formação do contrato, a entidade adjudicante deve tomar as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude dessa participação.

4 — Para efeitos do disposto no número anterior, são consideradas medidas adequadas, entre outras, a comunicação aos restantes candidatos ou concorrentes de todas as informações pertinentes trocadas no âmbito da participação do candidato ou concorrente na preparação do procedimento de formação do contrato, com inclusão dessas informações nas peças do procedimento.»

- 61 Por seu turno, o artigo 55.º, n.º 1, do CCP prescreve: «não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que: [...] i) Tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência; j) Tenham diligenciado no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no procedimento [...]; k) Estejam abrangidas por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão».
- 62 Preceitos do n.º 1 do artigo 55.º que, como se refere no Acórdão n.º 4/2016-16.FEV-1.ªS/PL (§ 36), são «concretização dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência».
- 63 A ANAC não remeteu qualquer suporte documental relativo à consulta preliminar realizada, não demonstrou que tal consulta observou o disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 55.º *ex vi* n.º 1 do artigo 35.º-A, no n.º 2 do referido artigo 35.º-A e não esclareceu sobre a adoção de medidas no sentido de evitar distorções da concorrência face à participação da adjudicatária nessa consulta, nos termos do n.º 3 do mencionado artigo 35.º-A do CCP, com a agravante de a empresa em causa ter conhecimento interno da área informática da ANAC e uma relação próxima com os seus agentes e em particular o diretor do Gabinete de Desenvolvimento Estratégico de Sistemas de Informação e Comunicações, proponente da aquisição e presidente do júri (cf. *supra* §§ 2.17 a 2.21, 2.29 a 2.31), posição e relações que deviam, ainda, ter determinado a adoção de medidas específicas em face do sentido e axiologia do n.º 3 do artigo 1.º-A do CCP.
- 64 Consequentemente, foi violado o disposto nas aludidas normas bem como os princípios protegidos pelas mesmas.
- 65 Sendo certo que o direito da União Europeia não deixa grande margem para a preterição das regras sobre concorrência fundada no interesse público, no caso concreto a entidade fiscalizada não invocou qualquer fundamento sobre um hipotético interesse público derogador do princípio da concorrência.

- 66 Violações da legalidade com uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
- 67 Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).
- 68 Quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União Europeia refletido, nomeadamente, na jurisprudência do TJUE.
- 69 Contexto que conforma o direito nacional quanto a modalidades do critério legal de adjudicação por entidades públicas potencialmente desconformes o princípio da concorrência, por força do primado do Direito da União Europeia — princípio da concorrência também reconhecido como primacial no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP.
- 70 Foram ainda violados um conjunto de valores como a adequação e a proporcionalidade que conformam todo o regime da contratação pública bem como princípios fundamentais acima enunciados relativos à generalidade dos procedimentos administrativos.
- 71 Dimensão em que se deve relembrar que o princípio da igualdade, no sentido de «tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes)», implica o «tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente ativa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei)»⁶ estabelecendo um parâmetro vinculativo para as autoridades administrativas.
- 72 E, como se destaca no Acórdão n.º 410/2010 do Tribunal Constitucional, não pode «haver discriminação nem diferenciações de tratamento baseadas em fatores irrelevantes», acrescentando à frente, «o princípio da igualdade impõe que situações da mesma categoria essencial sejam tratadas da mesma maneira e que situações pertencentes a categorias essencialmente diferentes tenham tratamento também diferente», pelo que a adoção de várias fórmulas na avaliação do fator preço no quadro de concurso público com fórmulas mais

⁶ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª ed, 2008, pp. 255-256.

desfavoráveis para a classificação das propostas com preço mais baixo constitui uma flagrante violação desse valor constitucional.

73 Seguindo a aludida jurisprudência do Tribunal Constitucional, a *ratio* do tratamento jurídico é o ponto de referência último da valoração e da escolha de qualquer método de avaliação, pelo que sendo o tratamento discriminatório (por via da incorreta interpretação e aplicação das normas legais adotada pela requerente) constitui uma violação arbitrária das próprias finalidades do regime legal aplicável o que configura, ainda, uma violação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dedutíveis do artigo 2.º da Constituição da República.

Efeito da ilegalidade do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

74 Sendo o processo de fiscalização prévia teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.

75 No caso concreto, todas as violações de normas e princípios legais e constitucionais enunciadas devem ser qualificadas como ilegalidade prevista na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pois, na medida em que *pode alterar o resultado financeiro* do procedimento, preenchem o segundo requisito dessa norma para efeitos de recusa de visto — sobre os cânones de ponderação nesta matéria, cf. Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.ªS/PL (§§ 69 a 73).

76 Juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o(s) desvalor(es) consubstanciado(s) na violação de normas e princípios legais com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a um nexo causal entre o específico vício e um resultado, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.

77 Isto é, para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de um nexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.

78 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea *c*) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado

financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada⁷) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou de um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.

- 79 Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?
- 80 Segundo jurisprudência pacífica do TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
- 81 A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.
- 82 A operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato que no caso *sub judice* imporia sempre a recusa de visto em face da pluralidade e gravidade das violações de regras (nacionais e europeias) sobre concorrência na contratação pública.
- 83 Em conclusão, o Tribunal de Contas deve recusar o visto ao contrato por força do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;
- Remeter cópia do Acórdão à Área VII da 2.ª Secção do TdC.

⁷ Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).

- Registe e notifique.

Lisboa, 23 de julho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(António Francisco Martins)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
