

ACÓRDÃO 10/2021 – 20.ABR – 1ªS/SS

DESCRIPTORIOS: ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / AVALIAÇÃO DOS CONCORRENTES / AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS / CAPACIDADE TÉCNICA / CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO / FORMALIDADE NÃO ESSENCIAL / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE / PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE / RECUSA DE VISTO / REQUISITOS / SANAÇÃO DO VÍCIO

SUMÁRIO

Processo: 3320/2020

Relator: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

1. Na fase de qualificação dos candidatos os requisitos que podem ser exigidos são requisitos de carácter geral, isto é, dizem respeito ao currículo e à experiência geral da empresa candidata, enquadrando-se neste patamar os requisitos previstos no artigo 165.º, n.º 1 do CCP, tais como a experiência curricular na prestação de serviços análogos, o modelo organizacional da empresa ou uma descrição geral sobre os recursos humanos e tecnológicos da mesma.
2. Na fase de avaliação das propostas podem ser exigidos aos candidatos requisitos relacionados com a concreta execução do contrato, tais como os exemplificados no n.º 2 do artigo 75.º do CCP, nomeadamente a identificação, qualificação e experiência dos técnicos a afetar a essa prestação contratual.
3. No caso *sub judice*, houve violação dos supracitados normativos legais uma vez que foi exigido, na fase de qualificação dos candidatos, o cumprimento de requisitos que dizem respeito à concreta execução do contrato [previstos nas alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 17.º do Programa de Concurso] e que, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP, apenas podiam ser exigidos na fase de avaliação das propostas.
4. Em síntese, o modelo de qualificação das candidaturas adotado pela entidade adjudicante revelou-se contrário à lei e aos princípios da proporcionalidade e da concorrência que devem

orientar os procedimentos de formação de contratos públicos, traduzindo-se na exclusão indevida de um dos dois candidatos apresentados a concurso.

5. Mas, ainda que não se verificasse a ilegalidade mencionada, não poderia a entidade adjudicante excluir a candidata, sem lhe dar a possibilidade de suprir as eventuais deficiências da sua candidatura, de acordo com o disposto no artigo 72.º, n.º 3 do CCP, que estabelece que o júri do concurso deve solicitar aos candidatos e concorrentes, no prazo máximo de cinco dias, que procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, designadamente a apresentação de tradução para língua portuguesa dos *curricula vitae* apresentados em língua inglesa, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento.
6. O não exercício, por parte do júri, do recurso ao instituto do artigo 72.º do CCP, a cuja observância se encontrava vinculado viola não apenas este normativo legal, mas também o princípio da imparcialidade consagrado no artigo 266.º, n.º 2 da CRP e no artigo 9.º do CPA.
7. A incorreta aplicação do modelo de avaliação de candidaturas em consequência do estabelecimento de requisitos mínimos de qualificação técnica contrários ao disposto no artigo 165.º, n.º 1 do CCP, consubstancia uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constitui motivo de recusa de visto do contrato.

Secção: 1ª S/SS

Data: 20/04/2021

Processo: 3320/2020

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

NÃO TRANSITADO EM JULGADO

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Cascais (doravante MdC) submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de aquisição de bens e serviços para *“o fornecimento, customização, integração e operação de uma plataforma tecnológica colaborativa para o Centro de Operações do Município de Cascais”*, celebrado com a empresa DELOITTE TECHNOLOGY, S.A., em 03.11.2020, pelo preço contratual de 850.000,00€ (acrescido de IVA), para vigorar pelo prazo de 36 meses.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido ao MdC para prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte deste Tribunal.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:
 - a) A presente aquisição foi autorizada por deliberação da Câmara Municipal de Cascais de 05.11.2019;



- b) Tendo sido, para o efeito, lançado um Concurso Limitado por Prévia Qualificação (CLPQ), ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1, al. a) do CCP;
- c) Concurso que foi publicitado no Diário da República, em 09.12.2019, e no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), em 11.12.2019;
- d) Com o preço base de 850.000,00€ (acrescido de IVA);
- e) Tendo, para efeitos de avaliação dos candidatos, nos termos do artigo 17.º do Programa do Concurso, estabelecido os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

1. Os candidatos devem preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

a) Ser uma entidade certificada que opera conforme os requisitos das normas ISO/IEC 9001 e ISO/IEC 27001 no âmbito dos serviços propostos, de acordo com as definições constantes nas cláusulas técnicas do Caderno de Encargos.

b) Declaração que o centro de dados a utilizar para o serviço SaaS possui uma disponibilidade mínima de 99,900 %

c) Ser uma entidade com o número médio de trabalhadores nos últimos 3 anos, igual ou superior a 500;

d) Ser uma entidade com o número de trabalhadores afetos a áreas tecnológicas nos últimos 3 anos igual ou superior a 250;

e) Composição da equipa e responsabilidade dos seus membros, apresentando comprovativos que atestem:

a) a experiência adequada ao projeto, conforme o descrito no ponto 7 do artigo 25.º das especificações técnicas previstas no caderno de encargos;

b) Que dispõe de recursos com certificações profissionais em cada uma das seguintes áreas:

I. gestão de projetos (PMP, IPMA, PMI ou APMG);

II. tecnologias que compõem a solução técnica proposta;

III. tecnologia de networking e firewall, no âmbito dos serviços e tecnologias propostos.



f) Curriculum Vitae atualizado do pessoal especialista proposto no ponto anterior, com destaque para as principais qualificações, formação e experiência profissional.

g) Experiência em sector público igual ou superior a 10 projetos entregues;

h) Experiência em implementação de sistemas de informação, igual ou superior a 10 projetos entregues, em clientes cuja dimensão seja superior a 2000 colaboradores.

i) Experiência específica em projetos tipo smartcities, em que:

I – Obrigatoriedade de possuir um produto ou marca registada de uma plataforma de gestão operacional de Smartcities;

II – Pelo menos um projeto com integração de dispositivos de IoT;

III – Pelo menos um projeto com analítica e automação.

f) E como critério de adjudicação, nos termos do artigo 36.º do Programa de Concurso, o da “proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante”, tendo em conta os seguintes fatores:

- I. Fator técnico - 40%
- II. Fator Serviços e Garantias Adicionais – 40%
- III. Fator preço - 20%

g) Na fase de qualificação apresentaram-se duas candidaturas, a saber:

- i. DELOITTE TECHNOLOGY, S.A.;
- ii. ALTICE LABS, S.A.

h) A candidatura da empresa ALTICE LABS, S.A. foi excluída com fundamento no disposto no artigo 18.º, nº 2, conjugado com o artigo 19.º do Programa de Concurso e a alínea g) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, porquanto três *curricula vitae* de membros especialistas que integram a equipa técnica encontravam-se redigidos em língua inglesa sem estarem acompanhados por tradução para língua portuguesa;

i) Não se conformando com a proposta de exclusão, a candidata ALTICE LABS, S.A. exerceu o seu direito de audiência prévia, expondo o seguinte:



“A Requerente não pode concordar com a exclusão liminar da candidatura apresentada, havendo, neste caso, que ter em conta as disposições do art. 72º do CCP.

Veja-se, relativamente ao tema que nos ocupa, o disposto no art. 72º nº 3 do CCP que estipula que o júri deve solicitar aos candidatos que no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas candidaturas, causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência ou a igualdade de tratamento.

Para a Requerente, não há qualquer dúvida de que todos os documentos solicitados pela Entidade Adjudicante nas peças procedimentais foram por si entregues, e que não obstante o facto de os curricula vitae terem sido entregues em língua inglesa, tal não deverá ser, certamente, impeditivo de análise e avaliação da candidatura, não só porque os certificados que atestam a capacidade técnica dos recursos em causa se encontram redigidos, também eles, em língua inglesa, conforme admitido nas peças do procedimento, afigurando-se evidente que se os certificados podem ser compreendidos na sua língua de origem, assim, por maioria de razão, também podem ser entendidos os curricula vitae onde é declarada a experiência dos recursos que é comprovada pelos referidos certificados.

Ainda que assim não fosse, e por se tratar de uma formalidade não essencial atendendo a que é a própria entidade adjudicante que permite que outros documentos possam ser entregues noutros idiomas, tal irregularidade pode ser suprida nos termos do art. 72º nº 3 do CCP, não sendo proporcional a decisão de exclusão liminar da candidatura, bastando ao Exmo. Júri solicitar a entrega desses documentos em língua portuguesa, o que ainda se encontra em tempo de fazer.

Tal pode ser feito tanto mais quando estamos perante documentos que se limitam a comprovar factos ou qualidades - no caso, a capacidade técnica dos recursos que integrarão a equipa – que são anteriores à data de apresentação da candidatura, sendo certo que tal suprimento não afeta a concorrência nem a igualdade de tratamento, porquanto os documentos já integram a candidatura, tendo sido



entregues com os demais documentos que a compõem, assegurando assim o júri, ao exercer este dever que a lei exige (reitera-se, ao referir no nº 3 do art. 72º que o júri deve solicitar aos candidatos ao suprimento das irregularidades das suas candidaturas por preterição de formalidades não essenciais), a observação do princípio da proporcionalidade, do aproveitamento dos atos e da concorrência efetiva que é do interesse da entidade adjudicante, ao alargar o leque de entidades que virão a ser convidadas a apresentar proposta.

Face ao exposto, considera a ora Requerente que o Relatório Preliminar deve ser alterado, devendo ser revista a proposta de exclusão liminar da candidatura da ALTICE LABS, antes devendo ser solicitada à ALTICE LABS a apresentação dos curricula vitae em causa em língua portuguesa, porquanto não só não estamos perante uma formalidade essencial como a mesma pode ser suprida, conforme supra se deixou exposto, que mereceu a apreciação que ora se reproduz (cfr. 1.º Relatório final)”;

- j) Porém, o Júri do concurso não acolheu os argumentos apresentados pela ALTICE LABS, S.A., propondo, ao invés, a adjudicação da proposta apresentada pela única candidata admitida - a empresa DELOITTE TECHNOLOGY, S.A, pelo preço de 850.000,00€, valor coincidente com o preço base;
- k) Dado que a empresa ALTICE LABS, S.A. foi excluída na fase de candidaturas, inexistente proposta desta empresa que possa ser comparada com a proposta adjudicada;
- l) A decisão de adjudicação foi tomada pela Câmara Municipal de Cascais, em 06.10.2020;
- m) O contrato respetivo foi celebrado em 03.11.2020 e posteriormente submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto;
- n) Em 10.12.2020, o contrato foi devolvido pelo DECOP ao MdC, para esclarecimento de diversas dúvidas, tendo a entidade fiscalizada respondido, em 23.03.2021, no essencial, o seguinte:



Questão 1:

Fundamente e demonstre:

- a) Que foram respeitados os pressupostos relativos aos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica, nos termos do artigo 165º do CCP;
- b) Que os documentos da candidatura, exigidos no artigo 18.º do programa do procedimento, são os adequados para a qualificação dos candidatos, nos termos do nº 1 do artigo 168º do CCP, face ao objeto do contrato em apreço;
- c) Que cada um dos requisitos mínimos estabelecidos no procedimento respeitam devidamente o princípio da proporcionalidade, tal como expresso no nº 3 do artigo 165º do CCP, e não se mostram desproporcionados ao objeto contratual, bem como que os mesmos não foram estabelecidos de modo a colidir ou a limitar os princípios da concorrência, da igualdade, da adequação e da proporcionalidade.

Resposta:

“a) Em abril de 2019 a Câmara Municipal de Cascais procedeu à abertura de um procedimento com o mesmo objeto do ora em análise (Proc. n.º 271/DCOP/2019) por Concurso Público com publicitação no Jornal Oficial da União Europeia, com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos, conforme documento anexo (Doc. de resposta ao Ponto 3A). Após análise dos esclarecimentos/erros e omissões suscitados por interessados nos termos do artigo 50.º do CCP, verificou-se que dado o objeto do procedimento se tratar de uma solução inovadora com poucos exemplos concretizados, seria essencial a garantia que os potenciais concorrentes utilizassem uma plataforma específica para o tipo de solução pretendida, em detrimento de desenvolvimentos à medida ou adequações sobre plataformas que não contivessem robustez e os requisitos apropriados para o pretendido. Mais se pretendia que a plataforma estivesse testada noutros clientes, com dimensões semelhantes à entidade adjudicante e que importava garantir que os potenciais concorrentes detivessem a competência técnica e financeira para a implementação e rápida adequação dos requisitos e por fim que as empresas



detenham um quadro técnico especializado para este tipo de soluções, integrações e determinados conhecimentos específicos. Verifica-se assim que houve um erro na ponderação da escolha do procedimento adotado (Concurso Público), quando se deveria ter optado por um Concurso Limitado por Prévia Qualificação, uma vez que a natureza das prestações contratuais objeto do contrato a celebrar exigiam a fixação de requisitos mínimos técnicos e financeiros, que caso não estivessem expressas no procedimento a adotar, poderiam comprometer a correta execução do contrato, pelo que se entendeu que os mesmos apenas poderiam ser assegurados através do recurso a um Concurso limitado por prévia qualificação. Assim, por Deliberação de Câmara de 15 de julho de 2019 (proposta n.º 749/2019) foi extinto o procedimento por Concurso Público e por Deliberação de Câmara de 05 de novembro de 2019 foi autorizada a abertura do Proc. n.º 1306/DCOP/2019 – Aquisição de serviços para o fornecimento, customização, integração de uma plataforma tecnológica para o Centro de Operações do Município de Cascais por concurso limitado por prévia qualificação, por se entender tal como já referido que seria o procedimento que permitia garantir uma correta execução do contrato, conforme documento anexo.(Doc. de resposta ao Ponto 3A-ii). Os requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica exigidos e que constam nos artigos 16.º e 17.º do Programa do Concurso, foram estabelecidos tendo em conta que o objeto do contrato a celebrar implica uma solução inovadora, conforme já referido. Assim entendeu-se que a natureza das prestações contratuais objeto do contrato a celebrar exigia a fixação de requisitos mínimos técnicos e financeiros conforme definidos nas peças do procedimento, as quais respeitam o previsto no artigo 165.º do CCP; entendeu-se que caso não estivessem devidamente expressos no procedimento a adotar, poderiam comprometer a correta execução do contrato.

b) Os documentos exigidos na fase da candidatura, conforme previsto no artigo 18.º do Programa do Concurso, foram os que se consideraram adequados para aferir a capacidade técnica e financeira dos candidatos, de acordo com o previsto nos artigos 165.º e 169.º do CCP, considerando-se que os mesmos estão ligados e são proporcionais ao objeto do contrato, sem prejuízo da interpretação que o n.º 1 do artigo 165.º do CCP não impõe requisitos mínimos sobre a capacidade técnica relativos



às equipas, as quais devem ser apenas indicados na fase das propostas e a respetiva valoração das mesmas poder integrar o critério de adjudicação.

c) O objeto do contrato é o desenvolvimento de uma solução inovadora no qual é necessário que os candidatos tenham já testado uma plataforma eletrónica com dimensões semelhantes à pretendida junto de outras entidades que detenham as competências técnicas e financeiras para a implementação e rápida adequação de requisitos, como por exemplo a garantia de ciclos de novos desenvolvimentos/integrações de modo rápido e ágil. É ainda necessário que os candidatos detenham um quadro técnico especializado neste tipo de soluções, integrações e conhecimento específico em IoT que possam contribuir significativamente para o sucesso do projeto, dentro dos prazos de implementação requeridos. Conforme já referido, a adoção do Concurso Limitado por Prévia Qualificação surge na sequência de, após ao lançamento ao mercado de Concurso Público se ter verificado, das questões suscitadas em sede de esclarecimentos/erros e omissões de que as entidades não detinham capacidade para desenvolver um projeto desta natureza, o que levou a entidade adjudicante a ter de lançar um procedimento por Concurso Limitado por Prévia Qualificação. Pelo exposto, considera-se que o artigo 18.º do Programa do Concurso descreve qualidades e atributos dos recursos humanos a apresentar pelos candidatos que são adequados e proporcionais ao objeto contratual e se encontra em consonância com o estabelecido no artigo 165.º do CCP.”;

Questão 2:

Esclareça o facto de os requisitos mínimos de capacidade técnica exigidos na alínea e) do n.º 1 do artigo 17.º do Programa do Procedimento, e os documentos previstos na alínea e) do n.º 1 do artigo 18.º do mesmo documento, serem relativos à equipa a afetar à prestação do serviço e não à própria candidata, justificando a sua resposta (vendo a este propósito o Acórdão n.º 29/2019, 1.ª Secção, SS).

Resposta:



“A capacidade dos membros da equipa a afetar à prestação do serviço foi apenas um dos requisitos de capacidade técnica elegidos no Programa do Concurso, sendo os demais requisitos inequivocamente respeitantes à experiência global dos concorrentes. Crê-se, por isso, que qualquer concorrente que pudesse responder aos requisitos abstratos de capacidade técnica previstos no Programa não teria também dificuldade em responder ao requisito respeitante à capacidade específica dos membros da equipa a alocar. Não cremos que tenham havido potenciais concorrentes que não tenham apresentado a concurso em razão do não preenchimento desse concreto requisito, sendo certo que não foi apresentada qualquer solicitação em sede de erros e omissões para o expurgo desse requisito. Em momento algum constituiu intenção do Município querer restringir a concorrência com a exigência desse requisito de capacidade técnica. O que se pretendia efetivamente era garantir que os concorrentes tivessem capacidade para apresentar profissionais devidamente habilitados em função da particular tecnicidade dos serviços a contratar. Não obstante, revisitando com maior acuidade as alterações ao CCP de 2017 – que vieram permitir, em certo grau, que as qualificações e a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato possam constituir fator de avaliação das propostas – e a referenciada jurisprudência do Tribunal de Contas (Ac. 29/2019) concede-se que teria sido mais adequado que a experiência dos membros da equipa a afetar à prestação do serviço tivesse figurado como elemento de avaliação das propostas e já não propriamente como elemento de aferição da capacidade abstrata dos candidatos. É certamente uma matéria que o Município não deixará de ter em conta em futuros procedimentos análogos, solicitando ao Tribunal que possa relevar a questão no uso ponderado do poder-dever que lhe assiste nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.”;

Questão 3:

Constando do fluxo do procedimento remetido que a exclusão de um dos candidatos (ALTICE LABS, S.A.), na fase de qualificação, se deveu à “não apresentação de CV’s traduzidos”, foi o MdC interpelado a esclarecer em que medida tal não poderia ser considerado passível de suprimento, nos termos do n.º 3 do artigo 72.º do CCP.



Resposta:

*“Conforme consta do Relatório Preliminar e do Relatório Final, de acordo com a previsão contida no n.º 1 do artigo 58.º do CCP, a regra geral dos procedimentos é a de que as propostas e todos os documentos que a constituem e integram, devem estar redigidos em língua portuguesa. Porém, o legislador admitiu a possibilidade de as entidades adjudicantes permitirem a apresentação de alguns documentos em língua estrangeira, nos termos do n.º 2 do aludido artigo 58.º do referido Código. Tal é precisamente o regime que se aplica *ipsis verbis* no procedimento de concurso limitado por prévia qualificação no que se refere ao idioma dos documentos da candidatura, tal como decorre do disposto no artigo 169.º do CCP. Assim, e de acordo com o previsto no n.º 2 do artigo 18.º do Programa do Concurso do presente procedimento, as candidaturas deveriam ser instruídas, entre outros, com os seguintes documentos: Curriculum Vitae atualizado com destaque para as principais qualificações, formação e experiência profissional. O n.º 3 do mesmo artigo dispõe que os documentos que constituem a candidatura são obrigatoriamente redigidos em português, salvo o disposto no artigo seguinte. Por sua vez o artigo 19.º do Programa do Concurso vem determinar quais os documentos que são admitidos em língua estrangeira bem como as línguas admitidas e dispõe que: “os documentos que constituem a candidatura são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa ou quando, pela sua natureza ou origem estiverem redigidos em língua estrangeira devem ser acompanhados de tradução devidamente legalizada que prevalece sobre os respetivos originais, com exceção da documentação técnica (certificados, normas, referências e similares) que pode ser apresentada em língua estrangeira, admitindo-se a língua inglesa, francesa ou espanhola.” Assim os Curricula Vitae em causa eram de apresentação obrigatória, não recaindo na situação de exceção à língua portuguesa contida no n.º 3 do artigo 58.º - impunha-se que fossem expressos na língua portuguesa ou sendo-o em língua estrangeira, que tivessem sido acompanhados da respetiva tradução, o que não sucedeu. A inobservância desta exigência é sancionada na lei com a exclusão da proposta, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP. No que se refere aos certificados também apresentados pelo candidato em língua inglesa, os mesmos*



não foram causa de exclusão da candidatura, uma vez que se enquadram na exceção prevista no artigo 19.º do programa que expressamente admite a possibilidade da sua apresentação em língua inglesa, francesa ou espanhola. Por conseguinte, não poderia o júri, nos termos do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, solicitar ao candidato que procedesse ao suprimento de irregularidades da sua candidatura, por não se estar perante uma preterição de uma formalidade não essencial que se traduz numa mera irregularidade não suscetível de produzir efeitos jurídicos negativos. Note-se também que o n.º 3 do artigo 72.º do CCP apenas admite o suprimento de irregularidades desde que esse suprimento “não afete a concorrência e a igualdade de tratamento”. Ora, se era exigível a todos os potenciais candidatos que juntassem com a sua candidatura documentos obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa ou devidamente traduzidos para português sob pena de exclusão, dar oportunidade a um ou mais candidatos para virem a posteriori juntar documentos, que deveriam constar inicialmente da sua proposta, constituiria um tratamento desigual e um benefício injusto por comparação com os candidatos que, diligentemente, juntaram com a sua proposta todos os documentos que eram exigíveis.”;

- o) Em 29.03.2021, o contrato foi novamente devolvido à entidade fiscalizada, já na fase jurisdicional do processo, para, entre outras questões menos relevantes, solicitar a remessa de documentos da candidatura da ALTICE LABS, S.A., bem como da sua pronúncia em sede de audiência prévia, documentação que foi integralmente remetida, em 08.04.2021.

– DE DIREITO

4. A fiscalização prévia do Tribunal de Contas incide sobre “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”¹, não englobando, pois, quaisquer apreciações sobre o mérito ou oportunidade dos

¹ Cfr. artigos 5.º, n.º 1. al. c) e 44.º, n.º 1 ambos da LOPTC.

respetivos negócios jurídicos, aspetos que apenas no âmbito da fiscalização sucessiva a cargo deste Tribunal podem ser avaliados².

5. Estando em causa uma aquisição patrimonial que implica uma despesa de 850.000,00€, ou seja, de montante superior ao limiar legalmente previsto (750.000,00€)³, assumida por parte de entidade sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas (Município de Cascais), o respetivo contrato encontra-se sujeito à fiscalização prévia deste Tribunal, por força do estipulado no artigo 46.º, n.º 1. al. b), conjugado com o artigo 48.º, n.º 1, ambos da LOPTC.
6. Consequentemente, estando assentes os elementos de facto descritos no § 3 do presente acórdão, cumpre, com base neles, apreciar as questões legais que o contrato suscita.
7. Assim, a questão que importa apreciar, na perspetiva do direito, consiste em verificar se o modelo de avaliação de candidaturas estabelecido no Programa de Concurso foi bem definido e aplicado e, consequentemente, se a adjudicação efetuada é legal.

A – Da definição do modelo de avaliação de candidaturas

8. No presente concurso limitado por prévia qualificação, foram estabelecidos, para efeitos de avaliação das candidaturas, no artigo 17.º do Programa de Concurso, os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

“1. Os candidatos devem preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

a) Ser uma entidade certificada que opera conforme os requisitos das normas ISO/IEC 9001 e ISO/IEC 27001 no âmbito dos serviços propostos, de acordo com as definições constantes nas cláusulas técnicas do Caderno de Encargos.

² Cfr. Artigo 50.º, n.º 1 da LOPTC.

³ Cfr. Nova redação conferida ao artigo 48.º, n.º 1, da LOPTC pelo artigo 7.º da Lei n.º 27-A/2020, de 24/7 (segunda alteração ao Orçamento do Estado para 2020).



b) Declaração que o centro de dados a utilizar para o serviço SaaS possui uma disponibilidade mínima de 99,900 %

c) Ser uma entidade com o número médio de trabalhadores nos últimos 3 anos, igual ou superior a 500;

d) Ser uma entidade com o número de trabalhadores afetos a áreas tecnológicas nos últimos 3 anos igual ou superior a 250;

e) Composição da equipa e responsabilidade dos seus membros, apresentando comprovativos que atestem:

a) A experiência adequada ao projeto, conforme o descrito no ponto 7 do artigo 25.º das especificações técnicas previstas no caderno de encargos;

b) Que dispõe de recursos com certificações profissionais em cada uma das seguintes áreas:

I. gestão de projetos (PMP, IPMA, PMI ou APMG);

II. tecnologias que compõem a solução técnica proposta;

III. tecnologia de networking e firewall, no âmbito dos serviços e tecnologias propostos.

f) Curriculum Vitae atualizado do pessoal especialista proposto no ponto anterior, com destaque para as principais qualificações, formação e experiência profissional.

g) Experiência em sector público igual ou superior a 10 projetos entregues;

h) Experiência em implementação de sistemas de informação, igual ou superior a 10 projetos entregues, em clientes cuja dimensão seja superior a 2000 colaboradores.

i) Experiência específica em projetos tipo smartcities, em que:

I – Obrigatoriedade de possuir um produto ou marca registada de uma plataforma de gestão operacional de Smartcities;

II – Pelo menos um projeto com integração de dispositivos de IoT;

III – Pelo menos um projeto com analítica e automação.”

9. Neste domínio, quanto ao modelo de avaliação das candidaturas, estabelece o artigo 165.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP) que:

“1 - Os requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:

a) À experiência curricular dos candidatos;



- b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;*
- c) Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade;*
- d) À capacidade dos candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar.”*

10. Ao invés, o artigo 75.º do CCP, em matéria de densificação do modelo de avaliação de propostas, estabelece o seguinte:

“1 - Os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, abrangendo todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.

2 - Os fatores e os eventuais subfatores podem ser, em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante, designadamente os seguintes:

- a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento;*
- b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato, designadamente, em contratos de serviços de natureza intelectual, tais como a consultoria ou os serviços de projeto de obras;*
- c) Serviço e assistência técnica pós-venda e condições de entrega, designadamente a data de entrega, o processo de entrega, o prazo de entrega ou de execução e o tempo de prestação de assistência;*
- d) Sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, e a denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados.*

3 - Sem prejuízo do disposto na alínea b) do número anterior, os fatores e subfatores não podem dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes.”



- 11.** Daqui resulta que os requisitos a exigir na fase de qualificação dos candidatos são requisitos de carácter geral, isto é, que dizem respeito ao currículo e à experiência geral da empresa candidata, enquadrando-se neste patamar os requisitos previstos no artigo 165.º, n.º 1 do CCP, tais como a experiência curricular na prestação de serviços análogos, o modelo organizacional da empresa ou uma descrição geral sobre os recursos humanos e tecnológicos da mesma.
- 12.** Diferentemente, apenas na fase subsequente, de avaliação das propostas, podem ser exigidos aos candidatos que passam à fase seguinte do procedimento (passando a designar-se por “concorrentes”) requisitos relacionados com a concreta execução do contrato, tais como os exemplificados no n.º 2 do artigo 75.º do CCP, nomeadamente a identificação, qualificação e experiência dos técnicos a afetar a essa prestação contratual.
- 13.** Ora, no caso concreto, houve violação dos supracitados normativos legais uma vez que foi exigido, na fase de qualificação dos candidatos, o cumprimento de requisitos que dizem respeito à concreta execução do contrato [previstos nas alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 17.º do Programa de Concurso]⁴ e que, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP, apenas podiam ser exigidos na fase de avaliação das propostas. Com efeito, a exigência em concreto da identificação da equipa e dos seus membros a afetar ao projeto e da apresentação dos seus *curricula vitae*, apenas poderia ter ocorrido na fase de avaliação de propostas e não na fase prévia de qualificação dos candidatos.

⁴ e) *Composição da equipa e responsabilidade dos seus membros, apresentando comprovativos que atestem:*
a) *a experiência adequada ao projeto, conforme o descrito no ponto 7 do artigo 25.º das especificações técnicas previstas no caderno de encargos;*
b) *Que dispõe de recursos com certificações profissionais em cada uma das seguintes áreas:*
I. *gestão de projetos (PMP, IPMA, PMI ou APMG);*
II. *tecnologias que compõem a solução técnica proposta;*
III. *tecnologia de networking e firewall, no âmbito dos serviços e tecnologias propostos.*
f) *Curriculum Vitae atualizado do pessoal especialista proposto no ponto anterior, com destaque para as principais qualificações, formação e experiência profissional.*



14. Sobre assunto idêntico já se pronunciou o Tribunal de Contas, no Acórdão n.º 29/2019 – 1.ª S/SS, de 23 de julho, concluindo-se que:

“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.

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).

(...)

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. 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. 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. 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.”

- 15.** Questionado sobre o assunto, tal como consta da matéria de facto, o MdC argumentou que *“A capacidade dos membros da equipa a afetar à prestação do serviço foi apenas um dos requisitos de capacidade técnica elegidos no Programa do Concurso, sendo os demais requisitos inequivocamente respeitantes à experiência global dos concorrentes. (...) O que se pretendia efetivamente era garantir que os concorrentes tivessem capacidade para apresentar profissionais devidamente habilitados em função da particular tecnicidade dos serviços a contratar. (...) Não cremos que tenham havido potenciais concorrentes que não tenham apresentado a concurso em razão do não preenchimento desse concreto requisito, sendo certo que não foi apresentada qualquer solicitação em sede de erros e omissões para o expurgo desse requisito. (...) Não obstante, revisitando com maior acuidade as alterações ao CCP de 2017 – que vieram permitir, em certo grau, que as qualificações e a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato possam constituir fator de avaliação das propostas – e a referenciada jurisprudência do Tribunal de Contas (Ac. 29/2019) concede-se que teria sido mais adequado que a experiência dos membros da equipa a afetar à prestação do serviço tivesse figurado como elemento de avaliação das propostas e já não propriamente como elemento de aferição da capacidade abstrata dos candidatos. É certamente uma matéria que o Município não deixará de ter em conta em futuros procedimentos análogos, solicitando ao Tribunal que possa relevar a questão no uso ponderado do poder-dever que lhe assiste nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.”* (sublinhado nosso)

- 16.** Olvida o MdC que a situação relatada não se apresenta num plano meramente hipotético de restrição da concorrência. Pelo contrário, ela é tanto mais grave porquanto se traduziu, em concreto, na exclusão da candidata ALTICE LABS, S.A., estando os fundamentos dessa exclusão relacionados com exigências ilegais na fase de qualificação dos candidatos. Tal fundamento baseou-se, precisamente, na falta de apresentação de *curricula* traduzidos dos membros da equipa a afetar à prestação do serviço, exigência que, como se referiu, apenas poderia ter ocorrido na fase de

avaliação das propostas, por se tratarem de requisitos intrinsecamente relacionados com a concreta execução do contrato.

- 17.** Donde resulta, em síntese, que o modelo de qualificação das candidaturas adotado pelo MdC se revelou, em concreto, contrário à lei e aos princípios da proporcionalidade e da concorrência que devem orientar os procedimentos de formação de contratos públicos, traduzindo-se na exclusão indevida de um dos dois candidatos apresentados a concurso.
- 18.** Consequentemente verificou-se neste concurso limitado por prévia qualificação aquilo que alguns autores designam como a transformação de um procedimento concorrencial, no plano do direito, em não concorrencial, no plano de facto: *“E também há circunstâncias especiais ou excecionais em que, à primeira vista, se diria não desempenhar a concorrência no respetivo procedimento o mesmo papel que lhe é atribuído em geral: assim sucederia com todos os procedimentos abstratamente concorrenciais, abertos portanto à participação de vários operadores económicos, mas em que só aparece um concorrente a apresentar propostas”*⁵.
- 19.** O caso assinalado é tanto mais gritante, com reflexos não só no plano da concorrência mas também da própria despesa pública, porque, tratando-se de um procedimento concursal com duas fases distintas (primeiro, a qualificação dos candidatos, depois, a avaliação das propostas), quando o único concorrente em concurso é convidado a apresentar a sua proposta, já sabe que esta é, de facto, a única em concurso, o que, de alguma maneira, pode explicar por que razão é a proposta adjudicada neste procedimento aquisitivo de valor coincidente com o preço base do concurso.

B – Da ausência de pedido de esclarecimentos sobre as candidaturas

⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, p. 30.



- 20.** Ainda que não se verificasse a ilegalidade supra descrita, não poderia a entidade adjudicante excluir a candidata ALTICE LABS, S.A., sem lhe dar a possibilidade de suprir as eventuais deficiências da sua candidatura.
- 21.** Tal como já escrevemos noutros arestos⁶, o princípio da intangibilidade ou imutabilidade das candidaturas e propostas⁷, enquanto subsidiário do princípio da concorrência, não é posto em causa pelo exercício de um direito ao esclarecimento ou clarificação daquelas, desde que tal direito seja exercido “em busca da verdade”, mediante a apresentação de dados objetivos, nomeadamente tendo por base documentos ou dados preexistentes à data da respetiva apresentação.
- 22.** O próprio CCP acolheu este princípio ao estabelecer no artigo 72.º, n.º 3⁸, no plano do esclarecimento e suprimimento de candidaturas e propostas, que:
- “3 – O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que tal suprimimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento”* (sublinhado nosso).
- 23.** Tal norma acarreta para o seu destinatário, no caso o júri do concurso, não uma mera prerrogativa que pode usar de forma mais ou menos discricionária, uma margem para decidir atuar ou não atuar, mas antes um poder vinculado a uma atuação no sentido da norma traduzido na expressão “deve”.
- 24.** Questionada por que razão não recorreu a este instrumento legal para eventual suprimimento da candidatura da ALTICE LABS, S.A., no que se refere à apresentação de

⁶ Cfr. Acórdão n.º 44/2020 – 1.ª S/SS, de 2 de novembro.

⁷ Princípio segundo o qual, depois de apresentada, a candidatura ou a proposta, consoante os casos, deve manter-se estável e inalterada para não poder ser posto em causa o princípio da concorrência.

⁸ Na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.



tradução para língua portuguesa dos *curricula vitae* apresentados em língua inglesa, como, aliás, requereu a candidata, alegou a entidade fiscalizada, em síntese, que *“Por conseguinte, não poderia o júri, nos termos do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, solicitar ao candidato que procedesse ao suprimento de irregularidades da sua candidatura, por não se estar perante uma preterição de uma formalidade não essencial que se traduz numa mera irregularidade não suscetível de produzir efeitos jurídicos negativos. Note-se também que o n.º 3 do artigo 72.º do CCP apenas admite o suprimento de irregularidades desde que esse suprimento “não afete a concorrência e a igualdade de tratamento”. Ora, se era exigível a todos os potenciais candidatos que juntassem com a sua candidatura documentos obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa ou devidamente traduzidos para português sob pena de exclusão, dar oportunidade a um ou mais candidatos para virem a posteriori juntar documentos, que deveriam constar inicialmente da sua proposta, constituiria um tratamento desigual e um benefício injusto por comparação com os candidatos que, diligentemente, juntaram com a sua proposta todos os documentos que eram exigíveis.”*

- 25.** Não acompanhamos esta argumentação dado que o recurso ao disposto no artigo 72.º do CCP permitiria suprir a irregularidade em causa por meio da apresentação de documentos que se limitam a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura, no caso a tradução dos *curricula vitae* de técnicos da empresa candidata, sem que tal pudesse constituir um tratamento desigual ou um favorecimento da mesma.
- 26.** Antes pelo contrário, o não exercício, por parte do júri, de um instrumento legal ao qual se encontrava vinculado implicou, no caso concreto, um benefício para a outra candidata que, sucessivamente, passou a assumir-se como única concorrente e, consequentemente, como adjudicatária.
- 27.** Ao recusar intencionalmente o recurso ao instituto do artigo 72.º do CCP, a cuja observância estava vinculada, a entidade adjudicante violou não apenas este normativo legal, bem como o princípio da imparcialidade consagrado no artigo



266.º, n.º 2 da CRP e no artigo 9.º do CPA, segundo o qual, *“a Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção.”*

C – Das consequências da incorreta definição e aplicação do modelo de avaliação das candidaturas

28. Sobre a incorreta definição e aplicação do modelo de avaliação de candidaturas com repercussões na exclusão indevida de uma das candidaturas apresentadas e na consequente adjudicação à única concorrente admitida, já se pronunciou este Tribunal no Acórdão 29/2019 – 1.ª S/SS, de 23 de julho.

29. A violação de lei constatada, por incorreta aplicação do modelo de avaliação de candidaturas em consequência do estabelecimento de requisitos mínimos de qualificação técnica contrários ao disposto no artigo 165.º, n.º 1 do CCP, consubstanciou uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constitui, *de per si*, motivo de recusa de visto do respetivo contrato.

30. E como se refere no supracitado Acórdão n.º 29/2019, deste Tribunal:

“(…) 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.



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 praticada) 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.

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)?

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.

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.”

- 31.** É que, tal como no caso mencionado nesse aresto, também no caso *sub judice* se pode afirmar com segurança que o resultado financeiro do procedimento de formação do contrato poderia ter sido outro caso tivesse existido uma rigorosa definição do modelo de qualificação dos candidatos, ou, pelo menos, do



cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP em matéria de suprimento de candidaturas e propostas.

- 32.** Estando, pois, verificado o motivo de recusa de visto plasmado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em decidir recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 20 de abril de 2021

Os Juízes Conselheiros,

Fernando Oliveira Silva, *relator*

Mário Mendes Serrano

(Participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente o acórdão)

Paulo Dá Mesquita

(Participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente o acórdão)