



1.ª Secção – SS
Data: 06/10/2021
Processo: 1446/2021

RELATOR: Conselheiro Miguel Pestana de Vasconcelos

NÃO TRANSITADO

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

I. RELATÓRIO

- 1 O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:
 - 1.1 O Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC) para efeitos de fiscalização prévia um contrato outorgado em 06-7-2021 pelo requerente e Parmalat Portugal – Produtos Alimentares, Lda., no valor de 1.799.969,99€ acrescido de IVA à taxa legal.
 - 1.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC ao requerente para este prestar de informação complementar bem como, querendo, se pronunciar sobre questões suscitadas e exercer o contraditório.
 - 1.3 Na sequência da devolução, a entidade requerente remeteu dados informativos adicionais e apresentou a sua alegação.
 - 1.4 Em Sessão Diária de Visto de 20 de agosto de 2021 foi decidido devolver o contrato ao ISS para ulterior pronúncia, tendo este apresentado nova alegação, devidamente ponderada no presente Acórdão.

II FUNDAMENTAÇÃO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:
- 2.1 O contrato celebrado entre o ISS e PARMALAT Portugal – Produtos Alimentares, Lda., outorgado em 06-7-2021, indica como objeto «fornecimento de género alimentar leite de vaca ultrapasteurizado (UHT) meio gordo (...) no âmbito do Fundo Europeu de apoio às pessoas mais carenciadas (FEAC 2019/2022)», estabelecendo-se que «o prazo de execução do presente contrato decorre entre 01 de agosto de 2021 a 15 de abril de 2022 » (cláusula 12.^a).
- 2.2 O contrato foi outorgado na sequência de concurso público internacional em que o preço base estabelecido foi 1.879.968,65 €.
- 2.3 O aviso do concurso foi publicitado no *Diário da República*, II série, de 25-09-2020 e 21-12-2020, e no *Jornal Oficial da União Europeia*, de 28-09-2020, 02-10-2020 e 23-12-2020.
- 2.4 A modalidade estabelecida para a avaliação do critério legal de adjudicação foi o preço enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.
- 2.5 Foram apresentadas quatro (4) propostas, das concorrentes (1) Parmalat Portugal – Produtos Alimentares, Lda. (2) Albisabores, Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Unipessoal Lda., (3) Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, e (4) Lactogal-Produtos Alimentares, S.A.
- 2.6 Os preços globais e unitários apresentados por cada uma das concorrentes foram os seguintes:

Os preços globais e unitários das propostas dos concorrentes são os indicados no quadro infra;

	Preço Base Global	Preço Base Produto	Preço Transporte	Preço Unidades Individuais
CONCORRENTES	1.879.968,65 €	1.861.355,10 €	18.613,55 €	0,47 €
Parmalat, Lda.	1.799.969,99 €	1.782.148,50 €	17.821,49 €	0,45 €
Lactogal, S.A.	1.862.455,10 €	1.861.355,10 €	1.100,00 €	0,47 €
Albisabores, Lda.	1 879 355,10 €	1 861 355,10 €	18 000,00 €	0,47 €
Lactaçoeres, URL.	1.679.971,99 €	1.663.338,60 €	16.663,39 €	0,42 €

- 2.7 Apenas a proposta apresentada pela concorrente Parmalat Portugal – Produtos Alimentares, Lda. foi admitida, tendo as restantes três sido excluídas pelos seguintes motivos:
- a) Proposta apresentada pela entidade Albisabores, Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Unipessoal Lda. - Não estar instruída com todos os documentos solicitados no ponto 15 do programa de concurso (Documentos que constituem a proposta), designadamente os documentos das alíneas, g), i) e j);

- b) Proposta apresentada pela entidade Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL - O Anexo VIII, solicitado na alínea j) do ponto 15 do Programa de Concurso não ter a aposição de assinatura digital qualificada no Excel, conforme é exigido no ponto 15.3 do programa do concurso e nos termos do n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, e não juntar à proposta a tradução devidamente legalizada relativamente à ficha técnica do produto, nem a declaração de prevalência, sobre os respetivos originais;
- c) Proposta apresentada pela entidade Lactogal-Produtos Alimentares, S.A. - A ficha técnica apresentada pelo concorrente não ter sido validada pela ASAE.

2.8 Perante tais exclusões, designadamente perante a exclusão da proposta apresentada pela entidade Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, por ofício datado de 28-7-2021 foi o Instituto da Segurança Social, I. P. interpelado a justificar por que motivo não recorreu ao mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas, face ao disposto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, pronunciando-se especificamente quanto à suscetibilidade de suprimento de cada uma das formalidades preteridas e que originaram exclusão de propostas, mais tendo sido solicitada a indicação dos preços globais e unitários propostos pelas entidades concorrentes que apresentaram proposta.

2.9 Por ofício datado de 12-08-2021, o ISS respondeu ao pedido de esclarecimentos, tendo declarado, além do mais, que excluiu a proposta da Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, *“ao abrigo artigo 62.º do CCP e artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, conjugado com a alínea l) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, pelo motivo da falta de aposição da assinatura digital quilificada no Anexo VIII e ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º, conjugado com o artigo 57.º todos do CCP, pelo motivo de não ter instruído a proposta com a tradução devidamente legalizada relativamente à ficha técnica do produto, nem a declaração de prevalência, sobre os respetivos originais”*.

2.10 Mais esclareceu que, em seu entender:

“Os motivos que levaram à exclusão destas propostas não se enquadram no conceito de formalidades não essenciais a própria lei identifica através de exemplos taxativos, nomeadamente apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta e desde que não contrariem elementos constantes de documentos das propostas, que alterem ou completem estas nas respetivas características ou que se destinem ou visem suprir omissões da proposta por violação ao caderno de encargos nas situações expressamente e previamente previstas nas peças que tais situações se consubstanciam em motivos de exclusão. Não se tratam de diferenças que levem à falta de clareza, explicitar, clarificar algum elemento da proposta que está ou parece estar enunciado de modo pouco claro, ou de

não ser apreensível, ou unívoco o sentido duma expressão, dum aspeto ou elemento da proposta.

Deste modo não é possível recorrer ao mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, uma vez que não se tratam de meras irregularidade ou violação causada por preterição de formalidades não essenciais, na medida em que se tornou claro que a falta de apresentação dos documentos que constituem a proposta a falta de observância da assinatura digital qualificada e a violação ao caderno de encargos culmina nos termos do CCP na exclusão das propostas acrescido da referência expressa no Programa do Concurso que prevê os casos de exclusão das mesmas.

Uma vez apresentada a proposta, e decorrido o prazo de apresentação desta, o concorrente fica vinculado aos seus atributos, termos e condições e especificações técnicas, sem a poder alterar, neste caso concreto como é pretendido.

O suprimento apenas iria tornar válido os motivos de exclusão das propostas, com a consequência de ficarem prejudicados as imposições legais e os limites referidos nas peças do procedimento, de modo a não permitir uma plena comparação entre propostas, por um lado, o princípio da intangibilidade destas”.

2.11 Em Sessão Diária de Visto de 20 de agosto de 2021 foi decidido devolver o contrato ao ISS para, além do mais, se pronunciar quanto ao facto de considerar que os motivos de exclusão da proposta da concorrente Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL não são passíveis de suprimento, nos termos do n.º 2 do artigo 72.º do CCP, uma vez que se trata de assinatura de um documento já junto com a proposta e da entrega de tradução de documentos já juntos com a proposta, tendo presente os Acórdãos 17/2020 – 1.ª Secção – SS, de 25-03-20 e 16/2021 – 1.ª Secção – SS, de 29-06-21 do Tribunal de Contas.

2.12 Por ofício datado de 21-9-2021, o ISS respondeu à notificação para pronúncia nos seguintes termos:

“O artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), sob a epígrafe “Documentos da Proposta” estabelece quais os documentos constitutivos da proposta, determinando a alínea c) do n.º 1 do citado artigo 57.º que são documentos da proposta os documentos exigidos pelo programa de procedimento que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule. Por sua vez, o n.º 4 do mesmo artigo exige que os documentos referidos no n.º 1 e 2 devem ser assinados pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para obrigar, sendo que o n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, dita que os documentos submetidos na plataforma eletrónica devem ser assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada.

Nos termos do disposto no artigo 41.º do CCP o programa de procedimento é o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração.

No caso concreto, os pontos 9.5 e 9.6 do programa de procedimento estabelecem, respetivamente que:

- i) a proposta e os documentos são obrigatória e exclusivamente redigidos em língua portuguesa ou, não o sendo, devem ser acompanhados de tradução devidamente legalizada, em relação à qual o concorrente declara aceitar a prevalência, para todos os efeitos, sobre os respetivos originais;
- ii) todos os documentos devem ser assinados individualmente com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica próprios do concorrente ou dos seus representantes legais.

Por outro lado, o ponto 15 do referido programa elenca todos os documentos constitutivos da proposta.

A proposta apresentada pelo concorrente Lactaçoeres – União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, foi excluída nos termos das alínea l) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, pela violação do n.º 4 do artigo 57.º, em conjugação com as normas constantes do n.º 4 do artigo 62.º do CCP, do n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, uma vez que um dos documentos constitutivos da proposta, o Anexo VIII foi submetido na plataforma eletrónica de contratação pública sem aposição de assinatura digital qualificada, conforme exigido no n.º 4 do artigo 57.º do CCP e no ponto 9.6 e 15.3 do programa de procedimento.

Conforme decorre da atual redação do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, pretende-se que a aposição de uma assinatura eletrónica qualificada nos documentos constitutivos das propostas garanta que: i) a pessoa que após a assinatura eletrónica qualificada é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva titular da assinatura eletrónica qualificada; ii) a assinatura eletrónica qualificada foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico; iii) o documento eletrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura eletrónica qualificada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem sido clarificadora neste domínio, podendo citar-se o Acórdão de 3.12.2015, proc. N.º 1028/15, ainda que por referência ao regime constante da Portaria 701-G/2008, o qual menciona:

“É certo que é possível correlacionar as presunções estabelecidas no art.º 7.º do Dec. Lei n.º 290-D/99 com outras tantas funções ou finalidades específicas da assinatura eletrónica qualificada. São elas, como tem sido assinalado: (i) a função identificadora, (ii) a função finalizadora ou confirmadora e (iii) a função de garantia de inalterabilidade, atestando que, depois de assinado, o documento não foi alterado.

E também pode admitir-se que, pelo menos relativamente às duas primeiras, seria possível verificar por outros meios, no decurso do procedimento, que as finalidades visadas pela norma não foram substancialmente comprometidas pelo incumprimento da formalidade.

Porém, isso não basta para que o incumprimento da exigência legal se degrade em mera irregularidade.

Além de a consecução do fim legal ter de estar garantido desde o momento da submissão da proposta, uma vez que é a partir desse momento que deve poder ter-se a certeza de que o recorrente se vinculou ao seu conteúdo e de que nenhum elemento desta foi modificado, está sobretudo por demonstrar que outros modos de aposição da assinatura electrónica, que não aquele que a lei imperativamente prescreve de aposição de assinatura em todos os documentos do concurso, garantam do mesmo modo, com a mesma fiabilidade e facilidade de verificação, a inalterabilidade da proposta e dos elementos que a compõem.

Por outro lado, como se concluiu no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS) de 28.07.2017, proc. N.º 10568/13: “V- A proposta um elemento fundamental do procedimento concursal e ela só é válida se o seu conteúdo e formulação observarem as prescrições legais exigidas. Ora, a primeira dessas prescrições, que é uma condição da sua validade, é a da assunção dos seus termos pelo concorrente que a apresenta, assunção essa que só é plena quando a sua assinatura e a sua apresentação observam as formas legalmente exigidas (conforme Acórdão do STA de 8 de Março de 2012, no âmbito do Processo n.º 01056/11) // VI - A falta de cumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 57.º do CCP determina a exclusão da proposta, nos termos expressos no artigo 146.º, n.º 2, als. d) e e) do mesmo diploma.

Pelo que, perante um regime imperativo sobre uma formalidade essencial, impõe-se concluir que a falta de assinatura legalmente exigida implica necessariamente a exclusão da proposta, tal como decorre do disposto nas alíneas e) e l) do n.º 2 do artigo 146.º - “No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:”, impendendo sobre o júri do procedimento um dever de exclusão sempre que se verifique algum dos motivos de exclusão previstos nas diversas alíneas.

Tratando-se de uma formalidade essencial, a mesma não é passível de suprimento, nos termos do n.º 2 do artigo 72.º do CCP.

A proposta submetida pelo concorrente Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, foi ainda excluída por violação do disposto no n.º 1 do artigo 58.º e do ponto 9.5 do programa de procedimento - que prevê expressamente a obrigatoriedade do idioma da proposta exclusivamente redigida em língua portuguesa ou, não o sendo, devem ser acompanhados de tradução devidamente legalizada, em

relação à qual o concorrente declara aceitar a prevalência, para todos os efeitos, sobre os respectivos originais - pela apresentação de documento redigido em vários idiomas, sem que o mesmo fosse acompanhado de tradução devidamente legalizada. Recaindo também neste caso sobre o júri o dever de exclusão, nos termos do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, em consonância com a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo a 08/04/2018, no âmbito da ação de contencioso pré-contratual urgente, processo n.º 0771/17.5 BEAVR.

Visando os esclarecimentos às propostas, nos termos previstos no artigo 72.º do CCP, aclarar, explicitar, clarificar algum elemento da proposta que está ou parece estar enunciado de modo pouco claro, entende-se que os fundamentos que motivaram a exclusão da proposta apresentada pelo concorrente Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, não são passíveis de suprimento.

Neste mesmo sentido, refere Pedro Costa Gonçalves, in Direito dos Contratos Públicos, 5.ª edição, “as irregularidades formais essenciais – causadas por preterição de formalidades essenciais -, e, portanto, insupríveis ou insanáveis, serão, entre outras, as que se traduzem na apresentação de propostas sem assinatura.” Concluindo o mesmo autor que “Em síntese, a irregularidade formal essencial é a que afeta uma proposta para a qual a lei prevê a exclusão e em que, para respeitar os princípios da igualdade dos concorrentes e da transparência, não é possível a sua regularização, nem, por consequência, evitar a sua exclusão.”

Deste modo não é possível recorrer ao mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 72.º do CCP, uma vez que não se tratam de meras irregularidades ou violação causadas por preterição de formalidades não essenciais, na medida em que se tornou claro que a falta de assinatura de um dos documentos da proposta e o desrespeito das exigências relativa ao idioma dos documentos culmina nos termos do CCP na exclusão da proposta acrescido da previsão expressa no Programa do Concurso.”.

2.13 O ISS foi requerente nos processos de fiscalização prévia n.º 2964/2019 a 2967/2019, 2975/2019, 2987/2019, 3007/2019 a 3009/2019, 3029/2019 e 3030/2019, relativos a fornecimento de diversos bens alimentares.

2.14 Tais contratos foram visados por decisão proferida em Sessão Diária de Visto de 18-10-2019, com o seguinte teor:

“Em sessão diária de visto, decide-se conceder o visto aos 11 contratos submetidos a fiscalização prévia.

Recomenda-se, porém, à entidade fiscalizada que, em futuros procedimentos:

a) Fundamente, na decisão de contratar o critério adotado na fixação da proposta anormalmente baixa;

b) Imprima maior rigor na fixação do prazo de apresentação das propostas.

Adverte-se, ainda, a entidade fiscalizada para a necessidade de remeter as adendas contratuais referentes aos processos n.ºs 2964/2019, 2987/2019, 3007/2019, 3008/2019 e 3009/2019."

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 3 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia não há factos que se devam considerar não provados.

II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

A consideração como provada da matéria de facto acima elencada baseou-se no exposto reconhecimento de factos pelo requerente e na prova documental por ele fornecida, tendo o tribunal extraído os factos diretamente dos documentos apresentados e esclarecimentos prestados.

II - DE DIREITO

4. É a seguinte, a questão a analisar:

É admissível a exclusão, in limine, de uma proposta do concurso apresentada por um concorrente por um anexo (o Anexo VIII), solicitado do Programa (na alínea j) do ponto 15) não conter a aposição de assinatura digital qualificada na folha Excel, conforme era exigido no ponto 15.3 do programa do concurso e nos termos do n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, e não juntar à proposta a tradução devidamente legalizada da ficha técnica do produto, nem a declaração de prevalência, sobre os respetivos originais?

Enquadramento normativo, sistemático e valorativo

5. Cabe ao proponente apresentar com a proposta todos os documentos necessários nos termos definidos no programa procedimento do concurso (arts. 41.º e 57.º do Código dos contratos públicos - CCP), que devem ser assinados pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar (art. 57.º, n.º 4 CCP).

6. Eles devem ser apresentados diretamente em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante (art. 62.º, n.º 1 CCP). Os termos a que deve obedecer a apresentação e a receção das propostas são definidas por diploma próprio (art. 62.º, n.º 4 CCP), aqui a Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.
7. As propostas são depois apreciadas pelo júri (art. 69.º, n.º 1, al. b) CCP), num primeiro momento para a sua admissão ou exclusão, neste último caso nos termos previstos no art. 70.º CCP, nomeadamente por não incluir os documentos exigidos pelo programa do procedimento (art. 57.º, n.º 1, al. c) e art. 70.º, n.º 2 al. a) CCP)¹.
8. A lei admite que o júri do procedimento possa pedir aos concorrentes qualquer esclarecimento sobre as propostas apresentadas que considere necessárias para efeitos de análise a avaliação das mesmas. Caso os concorrentes apresentem os esclarecimentos pedidos, eles passam a integrar as propostas apresentadas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respetivos atributos, nem visem suprir omissões que determinem a sua exclusão nos termos previstos no art. 70.º, n.º 2 (art. 72.º, n.º 2 CCP).
9. A solução percebe-se com facilidade. A entidade tem todo o interesse em precisar as propostas que recebe, para as poder apreciar devidamente, ultrapassando a dificuldade de uma proposta menos clara.
10. Assim determina o princípio da boa fé (art. 10.º do Código do procedimento administrativo CPA; art. 1.º-A CCP), da concorrência (art. 1.º-A CCP), e da boa administração (art. 5.º, n.º 2 CPA)². Claro está que os esclarecimentos não podem tornar-se num instrumento para alteração das propostas. Daí a limitação da segunda parte da norma. Elas não podem ser, em momento posterior, alteradas, sob a forma de esclarecimentos. Apresentada a proposta, os concorrentes estão vinculados nesses termos³.

¹ Em termos gerais sobre este procedimento, ver Alexandra Leitão, *Lições de direito dos contratos públicos, parte geral*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 108 e segs.

² Sobre o primeiro e o último destes princípios, ver Diogo Freitas do Amaral, *Curso de direito administrativo*, Vol. II, 4.ª ed (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal Ferreira), Almedina, Coimbra, 2020, pp. 35, segs.

³ Cfr. João Pacheco de Amorim, *As decisões de adjudicação e de não adjudicação no Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 29.

11. Ainda neste quadro, o júri deve officiosamente corrigir os erros de escrita ou cálculo contidos nas candidaturas e propostas, se for evidente para qualquer destinatário a existência do erro e os termos em que deve ser corrigido (art. 72.º, n.º 4 CCP).
12. Trata-se de mais uma manifestação do princípio da boa fé, aqui na subvertente de tutela da materialidade subjacente (art. 10.º, n.º 2 CPA).
13. Exposto o quadro e detetadas as linhas valorativas que estruturam o regime vigente, passamos a focar a atenção nas formalidades decorrentes da apresentação das propostas em plataforma eletrónica e das consequências da sua não adoção.
14. Como se referiu, os documentos submetidos na plataforma eletrónica, pelas entidades adjudicantes e pelos operadores económicos, devem ser assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada. Quando eles sejam elaborados ou preenchidos pelas entidades adjudicantes ou pelos operadores económicos, devem ser assinados com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica próprios ou dos seus representantes legais. (art. 54.º, ns. 1 e 2 da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto).[✎]
15. Por sua vez, o regime da assinatura eletrónica qualificada, em vigor à data do concurso, decorria da Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto. Nos termos do seu art. 7.º, a aposição “de uma assinatura electrónica qualificada a um documento electrónico equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel”.
16. Daí decorrem três presunções: que a pessoa que após a assinatura eletrónica qualificada é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva titular da assinatura eletrónica qualificada (i); que a assinatura eletrónica qualificada foi aposta com a intenção de assinar o documento electrónico (ii); que documento electrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura

[✎] Desenvolvidamente sobre este regime, ver Luís Verde de Sousa, *Alguns problemas colocados pela assinatura electrónica de propostas*, Revista de Contratos Públicos, n.º 9, setembro-dezembro, 2013, pp. 59, segs.

eletrónica qualificada (iii) (respetivamente, as alíneas a), b) e c) do n.º 1 do art. 7.º do Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto)

17. Os interesses que a lei visa tutelar com este regime, e que se extraem também do conjunto global do artigo 7.º, são: “i) uma “função identificadora” (imputação da declaração ao signatário, ii); uma “função finalizadora ou conformadora” (assentimento do signatário quanto à efetiva intenção de assumir a declaração que realizou) iii); e uma “função de inalterabilidade”, atestando que o documento não foi mais alterado depois de assinado)”³⁴
18. Diga-se de todo o modo, que este conjunto de formalidades, que sinteticamente acabámos de expor, revela um regime que a doutrina reconhece como sendo um “quadro normativo, que a nível da assinatura eletrónica de propostas se revela demasiado formalista”³⁴, tendo-se atingido um nível de “formalismo exacerbado” , a que acrescentaríamos, rígido, e que na sua complexidade dificulta a tarefa de apresentação de propostas, em particular aquelas que nos termos do procedimento impliquem a junção de diversos documentos, sem que se consigam perspetivar interesses específicos que os tornem inarredáveis.
19. O que, necessariamente, recomenda ao intérprete-julgador um comedimento, e uma restrição, na sua aplicação.
20. Sob pena de se aplicar a forma pela forma, numa aplicação automática, quase diríamos ritualística, de normas (e, portanto, errada), sem atender à sua finalidade e à materialidade que visam alcançar.
21. Completamente postergada neste estágio de evolução da ciência jurídica. A perspetiva do Direito como um jogo de xadrez em que se movem peças num tabuleiro, de acordo com regras rígidas, não é, mesmo no direito processual, aceitável.
22. E com resultados materiais muitíssimo prejudiciais ao interesse público. Na verdade, um nível extremo de formalismo facilmente permite que propostas,

³⁴ Pedro Fernández Sánchez, *Direito da contratação pública*, AAFDL, Lisboa, 2021, p. 161.

³⁴ Luís Verde de Sousa, *Alguns problemas colocados pela assinatura eletrónica de propostas*, cit., p. 91. Luís Verde de Sousa, *Alguns problemas colocados pela assinatura eletrónica de propostas*, cit., p. 91. Acrescenta mesmo o autor, um que se atingiu um nível de formalismo “talvez superior ao que existia na época pré-eletrónica” (*ob cit., ibidem*).

eventualmente melhores para a aquisição dos bens ou serviços, sejam excluídas. O que prejudica, tanto a concorrência, como o interesse financeiro do Estado. Que terá que pagar mais (como sucede no caso vertente), porque a entidade adjudicante se perdeu no culto acrítico da forma.

23. O que levará a que as pequenas e médias empresas, com menos meios para cumprir, sem uma falha, mesmo pouco ou nada relevante, a panóplia complexa das formalidades previstas na lei, vejam, dessa forma, através de obstáculos processuais, serem afastados da contratação pública. Com benefício evidente de empresas de maior porte, que tenham meios humanos e técnicos mais habilitados – e mais caros – que permitam fazer um procedimento sem falha.

22. Um outro polo que conforma o quadro em que se resolve a questão colocada decorre do art. 72.º, n.º 3 do CCP, com a redação introduzida pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. A intenção da lei, o pensamento legislativo que lhe subjaz (art. 9.º n.º 1 do Código Civil), foi muito claramente exposta no preâmbulo do diploma: visa-se a “recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público”.

23. Analisemos então a norma, partindo, como necessariamente se tem de fazer, do texto (art. 9.º, n.º 2 do Código Civil):

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

24. Comece por se apontar que a lei não configura esta atuação por parte do júri como uma faculdade, como sucede no n.º 1 do mesmo artigo, mas como *um dever*.

25. Destaque-se depois que o facto constitutivo desse dever é constituído pelos seguintes elementos:

- i) a existência de irregularidades das propostas e candidaturas dos concorrentes - qualquer deles;
- ii) que elas sejam causadas pela preterição de formalidades não essenciais, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura;
- iii) o seu suprimento tem que ser possível;
- iv) esse suprimento não pode afetar a concorrência e a igualdade de tratamento entre os concorrentes.

26. Verificados estes elementos que compõem a *facti-species* normativa, desencadeia-se a estatuição: a entidade não só pode solicitar o suprimento das irregularidades no prazo de 5 dias, *deve solicitar o suprimento dessas irregularidades*. Se não o fizer *incumpre um dever legal*.

27. Tudo depende, pois, do preenchimento desses elementos face ao caso concreto.

28. Em termos dogmáticos, o que se terá pretendido aqui foi, como a própria redação da norma indicia, consagrar a “teoria das formalidades não essenciais”¹⁰. Nos seus termos, quando a materialidade que o formalismo visava alcançar for atingido de outra forma, ele torna-se, nesse caso, supérfluo. Como refere Sérvulo Correia, seria “ilógica a invalidade do ato principal como consequência da preterição de uma formalidade cuja «ratio» foi não obstante preenchida.”

28. Esta tese foi inicialmente formulada para a atuação da administração, mas tem aplicação igualmente na atuação dos particulares face à administração. É esta vertente que a norma consagra.

¹⁰ Sobre ela, ver P. Fernández Sánchez, *Direito da contratação pública*, cit., p. 160.

Sérvulo Correia, *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa*, Cadernos de Ciência da Legislação, ns 9/10, 1994, p. 142.

29. Advirta-se em completamento que não estão aqui em causa irregularidades materiais ou orgânicas. São somente as formalidades, e no seio delas somente aquelas essenciais, que estão abrangidas¹⁰.
31. São formalidades essenciais, como aponta a doutrina, de entre outras as que se traduzam, como a entrega de propostas sem assinatura em que não se possa identificar o seu autor, ou aquelas em que o seu suprimento possa ter repercussão no conteúdo da proposta¹¹.
32. Diga-se, de todo o modo, que mesmo na sua ausência, mesmo que não houvesse norma expressa, a solução não poderia ser outra. Com efeito, os entes públicos regem-se na relação com os particulares pelos princípios da boa fé e estão igualmente adstritos ao princípio da boa administração. Princípios que se concretizam em deveres específicos modelados pelas coordenadas que definem a questão e se aplicam depois aos casos concretos que aí se incluem.
33. Ora, o princípio da boa fé que por sua vez já de si é um princípio geral do direito, impõe na sua vertente da tutela da materialidade subjacente que, podendo o fim visado pela norma ser alcançado de uma outra forma, e sempre que não se trate de uma formalidade ligada a um interesse público impostergável, existe o dever de solicitar o seu suprimento.
34. O mesmo decorre do princípio da boa administração. Não há qualquer interesse específico dos entes públicos em sede de contratação pública em excluir propostas pela inobservância de formalidades que possam ser supridas. Pelo contrário, há todo o *interesse na boa gestão da causa pública* em não ser excluídas propostas que poderiam ser mais favoráveis para o ente público.
35. Mais além - e agora numa perspetiva que assume um lugar central no enfoque, decorrente do fim precípua da sua atuação, que a jurisdição financeira tem na concretização destes princípios -, há todo o interesse em não afastar, por razões simplesmente formais, propostas que poderiam permitir a obtenção dos bens ou serviços previstos no concurso em melhores condições financeiras pelo ente público (*maxime*, quando o preço for o único critério).

¹⁰ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos contratos públicos*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 842.

¹¹ Assim, P. Costa Gonçalves, *Direito dos contratos públicos*, cit., p. 843.

36. A aplicação destes princípios é clara, e daí decorre, mesmo à falta de norma expressa, este resultado.

A jurisprudência do Tribunal de Contas

37. Feito este enquadramento importa verificar qual a *posição da jurisdição financeira* quanto a esta questão e à aplicação das normas visadas. Ela é, como se sabe, decisiva na modelação das normas, e por isso, com a doutrina, elemento fundamental na constituição do Direito. Sendo uniforme, deverá ser seguida, salvo se houver razões ponderosas para dela se divergir.

38. Referimo-nos sempre, porque é disso que se trata, à jurisprudência financeira, ou seja, da jurisprudência do Tribunal de Contas. Não que outras jurisdições, em particular a administrativa, não possam e devam ser ponderadas na aplicação das normas. É desejável que assim seja para, na medida do possível, se obter uniformidade na aplicação do direito.

39. Contudo, não pode ser olvidado, que a jurisdição financeira, ou seja, a jurisprudência do Tribunal de Contas é enformada pelo próprio mandato constitucional deste tribunal. E é o *único tribunal superior competente nesta matéria*. O seu enfoque é, pois, específico, sendo nuclearmente determinada em termos teleológicos pelos efeitos dos atos e contatos na boa gestão dos fundos públicos.

40. Por isso é *completamente inadmissível* que uma entidade pública, como sucede neste caso, desconheça, não cite, não tenha em conta, a jurisprudência deste tribunal.

41. Vejamos então a jurisprudência financeira sobre esta questão:

- Acórdão do TdC n.º 29/2019-27.JUL-1.ªS/SS: viola os “princípios da legalidade, igualdade, justiça, imparcialidade e boa-fé» a exclusão de candidatura ou de proposta exclusivamente «por força de mera formalidade não essencial”.
- Acórdão do TdC n.º 01/2020-07.JAN-1.ªS/SS, considerou-se que a omissão relativa à falta de demonstração dos “poderes de representação de quem assinava, era

suscetível de ser suprida e o júri deveria ter solicitado ao concorrente esse suprimento, em face do estatuído no n.º 3 do art. 72.º do CCP, incluindo, se fosse o caso, através da junção de documento comprovativo dos necessários poderes de representação» para concluir que «não se compreende» «decisão de exclusão» sem que tenha sido «dada a possibilidade de supressão da irregularidade».

- Acórdão do TdC n.º 17/2020-25.MAR-1.ªS/SS: “Em caso de dúvida, o ICNF, I.P. deveria dar cumprimento ao disposto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, no qual se prevê a possibilidade de solicitar a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta, em vez da ação adotada pelo júri do procedimento de exclusão da proposta, mesmo depois de junta prova documental dos poderes da pessoa que submeteu a proposta na plataforma eletrónica.”
- Acórdão do TdC n.º 45/2020-2.NOV-1.ªS/SS: “A eventual irregularidade decorrente da apresentação de um único exemplar dos referidos documentos era suscetível de ser suprida, pelo que o júri deveria ter solicitado à concorrente esse suprimento, em face do estatuído nos citados n.º 3 do art.º 72º do CCP, e 13.º, n.º 3 do programa do concurso.”

42. A jurisprudência do TdC sobre esta matéria reveste-se de uma *total uniformidade*, revelando um forte pendor substancialista. Como impõem os princípios da boa fé, da boa administração e a tutela do interesse financeiro, ponto, como se referiu, central da sua missão.

A resolução da questão colocada

43. Tudo visto, exposto o enquadramento normativo, retiradas as suas linhas valorativas, enquadrado dogmaticamente, e apreciada a jurisprudência financeira sobre esta matéria, passamos com segurança à sua concretização face ao caso em apreço, respondendo diretamente à questão.

44. A proposta foi apresentada, mas um documento, o Anexo VIII, que a acompanhava, não continha a aposição de assinatura digital qualificada na folha *Excel*, conforme era exigido no ponto 15.3 do programa do concurso e nos termos do n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, e sem juntar à proposta

a tradução devidamente legalizada da ficha técnica do produto, nem a declaração de prevalência, sobre os respectivos originais.

45. Consiste, em rigor, numa simples irregularidade, decorrente da não aposição da assinatura no referido documento. Consiste numa formalidade não essencial.
46. Não há nenhum interesse público que não possa ser acautelado pela entrega posterior do mesmo documento com a assinatura. Vimos que ela visava “função identificadora”, uma “função finalizadora ou conformadora” e uma “função de inalterabilidade”.
47. Ora, o concorrente está perfeitamente identificado, e apresentou a proposta nos devidos termos legais, ficando por ela vinculado. E não pode alterar qualquer elemento da proposta. É perfeitamente possível comparar a folha *excel* não assinada, com aquela que ele apresente depois com assinatura aposta. Tem que ser a mesma, o que isso é muito facilmente comprovável por comparação. Nessa medida, também o seu suprimento - basta apor a assinatura -, é perfeitamente possível.
48. Resta o último requisito. Esse suprimento não pode afetar a concorrência e a igualdade de tratamento entre os concorrentes. Também está preenchido. Em nada afeta a concorrência a aposição de uma assinatura *à posteriori*, no documento entregue com a proposta. Ao invés, a sua rejeição com esse fundamento é que restringiria de forma inadequada a concorrência, com a exclusão de uma proposta que, *in casu*, era mesmo mais vantajosa para a entidade pública.
49. Não há também, qualquer violação de igualdade. Haveria, se não fosse conferida, em circunstâncias idênticas, a mesma faculdade a um outro concorrente.
50. O que se disse quanto à assinatura vale, por igualdade de razão, para a não entrega com a proposta da tradução devidamente legalizada da ficha técnica do produto e da declaração de prevalência sobre os respectivos originais. Note-se que foi entregue a ficha técnica. O elemento em falta era a tradução e a declaração de prevalência. É uma simples e evidente formalidade não essencial - a ficha técnica está junto à proposta -, facilmente supável, e controlável *à posteriori*. Igualmente, em nada é atingida, tanto a concorrência, como a igualdade entre os concorrentes.

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

1. Haverá que verificar, por último, se as ilegalidades verificadas se enquadram nos fundamentos de recusa de visto previstos taxativamente no art. 44.º, n.º 3 da LOPTC. Com efeito, a “desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos previstos nas leis em vigor”, é fundamento de recusa de visto se configurarem:
 - a) Uma nulidade;
 - b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras;
 - c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

O que está em causa é, unicamente - mas isso basta - a prevista art. 44.º, n.º 3, al. c) LOPTC.

Com efeito:

A entidade cometeu uma ilegalidade ao não ter recorrido, como o deveria ter feito, porque tinha esse dever, ao regime do suprimento do disposto no art. 72.º, n.º 3 CCP, norma que violou. Foram ainda violados os princípios da boa fé (art. 10.º CPA; art. 1.º-A CCP), da boa administração (art. 5.º, n.º 2 CPA) e da concorrência (art. 1.º-A CCP).

Daí resultou a alteração do resultado financeiro do contrato de *forma direta* ao ter sido excluída a proposta mais favorável, por ser a que apresentava um preço mais baixo, sendo esse o único critério previsto.

Não há qualquer razão para, atento o prejuízo financeiro envolvido, e as normas e princípios violados, se aplicar o art. 44.º, n.º 4 LOPTC.

IV.DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;
- 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.
- Publique-se, imediatamente a seguir à notificação do requerente no sítio eletrónico do TdC, devendo ser publicitado nas «notícias» e nos «atos do Tribunal» apresentados na página inicial do sítio do TdC.

Lisboa, 6 de outubro de 2021

Os Juízes Conselheiros,

(Miguel Pestana de Vasconcelos – Relator)

(Paulo Dá Mesquita)

(Alziro Antunes Cardoso)