

Acórdão n.º 10/2022

1.ª Secção – SS

Data: 15/3/2022

Processo: 2440/2021

Sumário

1. Atributo e documento o comprova não são a mesma realidade. A irregularidade ou falta de cumprimento dos requisitos formais do documento comprovativo não pode ser equiparada à ausência do atributo – o atributo pode estar mencionado, muito embora o requisito formal para a sua materialização num documento possa ter sido incumprido ou deficientemente cumprido.
2. O princípio da boa fé, como forma de tutelar a materialidade, é especialmente acentuado no Direito Administrativo, tanto no Código do Procedimento Administrativo (art. 10.º CPA), como no Código dos Contratos Públicos (1.º-A CCP), que o consagram expressamente no quadro dos princípios a observar, sendo por isso, também códigos principiológicos.
3. A exclusão de propostas por motivos simplesmente formais que em nada afetem, nem a estabilidade das propostas, nem a igualdade entre as partes, levando a que propostas melhores sejam afastadas com manifesto prejuízo do erário público e da qualidade dos serviços prestados não deve, à luz, nem do princípio da boa fé, nem do princípio da boa administração (art. 5.º CPA) ser aceite.
4. O Código dos Contratos Públicos, na revisão de 2017, criou, através da nova redação dada ao art. 72.º, n.º 3, CCP, um mecanismo de suprimento das irregularidades das propostas (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto), visando a “recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público”.
5. Essa alteração foi ditada pela necessidade de se transpor o art. 58.º da Diretiva n.º 2014/24/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE), norma que admite com uma grande amplitude o suprimento de propostas com irregularidades, o que não acontecia na Diretiva n.º 2004/18/CE, que revogou.

6. Na sua transposição, a lei portuguesa foi mesmo mais longe, porque não se limitou a prever uma simples faculdade do júri, mas prescreveu um *verdadeiro dever* do júri de solicitar aos candidatos e concorrentes o suprimento das irregularidades das suas propostas.
7. A razão de ser da lei consiste:
 - em consagrar e delimitar a aplicação do princípio da boa fé, na subvertente da realização da materialidade (i);
 - dar corpo à finalidade da contratação pública, que é a da obtenção das melhores propostas, ao melhor preço (ii);
 - concretizar, neste quadro, a um dos vetores centrais do direito económico europeu em geral, e do direito da contratação pública em particular: a proteção das PME (iii).
8. A formalidade é não é essencial sempre que possa ser suprida sem se atingir integralidade da proposta, ou seja, se ela for a mesma, uma vez que não que se atinge, assim, o princípio da igualdade e da concorrência.
9. O que é o caso: a entrega de um certificado em inglês, língua que o júri domina, pode ser suprida pela entrega do *mesmo certificado* agora traduzido em português, com exatamente o *mesmo conteúdo*, porque acompanhado de tradução, sendo, por isso, a *proposta exatamente a mesma*. Não se põe em causa, como é óbvio, quer o princípio da igualdade, quer o da concorrência.
14. A jurisdição financeira é dotada de um mandato constitucional e uma teleologia específicas: a tutela do erário pública, dos dinheiros públicos.
15. A perspetiva da jurisdição financeira assume, por essa razão, como decorre amplamente da sua jurisprudência, um carácter marcadamente substancialista, com uma especial atenção ao resultado material financeiro. Não há espaço no direito financeiro para formalismos estéreis que levem em termos de resultado material a um gasto desnecessário de dinheiros públicos no altar do conceitualismo formal.
16. É por isso vetor fundamental da jurisdição financeira ter em conta as consequências financeiras do ato no que tange à realização da despesa pública, para que sejam obtidos bens e serviços que, sendo idênticos em termos de qualidade, sejam menos onerosos para o erário público.
17. No caso *sub judice*, a proposta da concorrente graduada em primeiro lugar é *mais elevada em de 38.392€* daquela da concorrente graduada em segundo lugar, porque não se considerou

admissível que o júri pedisse, como era seu dever nos termos do art. 72.º, n.º 3 CCP, uma tradução autenticada em português de um certificado que lhe foi entregue em inglês, sem que daí resultasse qualquer alteração da proposta em si. O resultado consiste na perda de 38.992€ de dinheiro público, sem qualquer justificação, o que é totalmente inaceitável.

DESCRITORES: ATRIBUTO / DOCUMENTO COMPROVATIVO DO ATRIBUTO / PRINCÍPIO DA BOA-FÉ / PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO / FORMALIDADES ESSENCIAIS / FORMALIDADES NÃO ESSENCIAIS / SUPRIMENTO DE IRREGULARIDADES DAS PROPOSTAS / TEORIA DAS FORMALIDADES ESSENCIAIS / TEORIA DA DEGRADAÇÃO DAS FORMALIDADES ESSENCIAIS EM NÃO ESSENCIAIS



1.ª Secção – SS
Data: 15/3/2022
Processo: 2440/2021

RELATOR: Conselheiro Miguel Pestana de Vasconcelos

TRANSITADO EM JULGADO

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 de Informática, IP – Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, submeteu a fiscalização prévia um contrato de Aquisição de serviços "suporte para iniciativas planeadas do departamento de administração de sistemas (DAS)", Lotes 1, 2, 3, 4 e 6, outorgado com a sociedade CLARANET TALENT, S.A., com o valor de 829.792,00€ acrescido do IVA legalmente aplicável, e prazo de execução de 24 meses.
 - 1.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP) da Direção-Geral do TdC ao requerente para este prestar 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 27 de janeiro de 2021 foi decidido devolver o contrato ao requerente 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 *Instituto de Informática, I. P.* e *Claranet Talent, S.A.*, outorgado em 06/12/2021, indica como objeto “a aquisição de serviços de “suporte para iniciativas planeadas do Departamento de Administração de Sistemas (DAS)”, estabelecendo-se que o seu prazo será de “24 meses, ou até esgotadas as horas contratadas conforme o evento que ocorrer primeiro”.
 - 2.2 O preço global estipulado é de e 829.792,00€ (oitocentos e vinte e nove mil, setecentos e noventa e dois euros), a que acresce o valor do IVA à taxa legal em vigor, sendo os seguintes os preços de cada lote:
 - a) Lote 1 – 147.392,00€ (cento e quarenta e sete mil, trezentos e noventa e dois euros), a que acresce o valor do IVA à taxa legal em vigor;
 - b) Lote 2 – 172.512,00€ (cento e setenta e dois mil, quinhentos e doze euros), a que acresce o valor do IVA à taxa legal em vigor;
 - c) Lote 3 – 168.288,00€ (cento e sessenta e oito mil, duzentos e oitenta e oito euros), a que acresce o valor do IVA à taxa legal em vigor;
 - d) Lote 4 – 155.840,00€ (cento e cinquenta e cinco mil, oitocentos e quarenta euros), a que acresce o valor do IVA à taxa legal em vigor;
 - e) Lote 6 – 185.760,00€ (cento e oitenta e cinco mil, setecentos e sessenta euros), a que acresce o valor do IVA à taxa legal em vigor.
 - 2.3 Por despacho de 26/03/2021 do Vogal do Conselho Diretivo do *Instituto da Informática, I.P.* foi, face à urgência do procedimento e com sujeição a ratificação em reunião seguinte do CD, aprovada a decisão de contratar, nos termos do n.º 1 do artigo 36.º do CCP, com recurso a Concurso Público com publicação no JOUE, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, a “Aquisição por Lotes de serviços de suporte para iniciativas planeadas do Departamento de Administração de Sistemas (DAS)”.
 - 2.4 Tal decisão foi ratificada por deliberação aprovada por unanimidade na reunião do Conselho Diretivo realizada em 01/04/2021.
 - 2.5 O aviso do concurso foi publicado no *Diário da República*, II série, de 08/04/2021, e no *Jornal Oficial da União Europeia*, de 09/04/2021.
 - 2.6 A modalidade estabelecida para a avaliação foi o critério da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com os seguintes critérios: a) Preço: 40%; b) Mérito Técnico: 40% c) Competência e Experiência: 20%.
 - 2.7 O Programa do Concurso estabelecia o seguinte quanto aos documentos a apresentar com as propostas:

“ARTIGO 10.º

DOCUMENTOS DA PROPOSTA

1. Para cada lote a proposta, sob pena de exclusão, deve ser constituída pelos seguintes documentos:

a) Documento que contenha a demonstração mencionada no n.º 2 do artigo 55.º-A do CCP, caso pretenda a relevação de impedimentos;

b) Documento que contenha os seguintes atributos, descritos segundo o modelo constante do Anexo II:

i. Preço global da proposta, sem IVA;

ii. Preço horário fixo, de cada perfil, sem IVA, incluindo serviços de prevenção;

iii. Documento com a indicação dos atributos destinados à avaliação do fator “Mérito Técnico da Proposta” e do fator “Competência e experiência”.

2. A proposta deve ainda incluir o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), elaborado online (por carregamento do ficheiro “espd-request.xml”, de acordo com as seguintes regras:

i. O DEUCP deve ser assinado pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para obrigar;

ii. No caso da apresentação por um agrupamento deve ser preenchido um DEUCP por cada membro que o integra;

iii. Deve ser enviado em ficheiro com a designação “AnexoDEUCP_[designação_concorrente].pdf”.

3. Os documentos que integrem a proposta nos termos do n.º 3 do artigo 57.º do CCP não podem ser redigidos em língua estrangeira.

4. Os documentos emitidos pelos concorrentes deverão ser assinados pelo Concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar.

5. Quando a proposta seja apresentada por um agrupamento de concorrentes, os documentos emitidos devem ser assinados em cumprimento pelo disposto no n.º 5 do artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos.”

2.8 No modelo constante do Anexo II ao programa de concurso, a entidade fiscalizada exigia que a proposta para cada um dos lotes fosse apresentada nos seguintes termos:

“Anexo II

Modelo da proposta para cada lote

1. PREÇO

1.1. PREÇO GLOBAL DA PROPOSTA: (indicar por algarismos e extenso) a que acresce o IVA (a indicar por algarismos e extenso)

1.2. PREÇO FIXO HORÁRIO DOS RECURSOS POR CADA PERFIL: (indicar por algarismos e extenso) a que acresce o IVA (a indicar por algarismos e extenso)

1.3. PREÇO FIXO HORÁRIO DO SERVIÇO DE PREVENÇÃO*

2. MÉRITO TÉCNICO

2.1 VISÃO DOS SERVIÇOS A PRESTAR

2.2 MÉTODO DE PREPARAÇÃO DA PRESTAÇÃO CONTRATUAL

2.3 ABORDAGEM METODOLÓGICA PARA A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

3. COMPETÊNCIA E EXPERIÊNCIA

3.1. ANEXOS

“Curriculum vitae” não nominativo dos recursos a afetar à execução do contrato e documentos comprovativos da formação e das certificações

*Com exceção do lote 6”

2.9 O Anexo I ao Caderno de Encargos detalha o perfil e as competências específicas exigidas aos recursos afetos a cada lote, nos seguintes termos:

Lote 4:

2.4. Lote 4 - Aquisição de serviços de suporte (Redes e Comunicações)

a) Os serviços a prestar serão realizados com recurso a uma bolsa de horas, num total de 4424 horas, distribuídas da seguinte forma:

| Perfil | Preço base/hora (sem Iva) | Nº Recursos mínimos | Nº horas 2021 | Nº horas 2022 | N.º Total de Horas Máximo para a vigência contratual |
|--|---------------------------|---------------------|---------------|---------------|--|
| Consultor Tecnológico (Redes e Comunicações) | 41,00 € | 1 | 2.112 | 2.112 | 4224 |
| Serviço de prevenção | 60,00 € | | 100 | 100 | 200 |

b) Os Serviços de suporte (Redes e Comunicações) englobam as seguintes atividades:

- Realização de tarefas diárias de administração de redes (monitorização, gestão e configuração de equipamentos, instalação de patches, instalação de equipamentos, resposta a tickets, etc.);
- Sugerir melhorias a serviços/procedimentos existentes. Implementação das melhorias em consonância com a decisão do **CONTRAENTE PÚBLICO**
- Manutenção Pró-ativa das plataformas para identificar falhas latentes;

c) Perfil dos recursos a afetar

Consultor Tecnológico (Redes e Comunicações)

1. Os recursos apresentados para este perfil, deverão ter, no seu conjunto as seguintes competências mínimas obrigatórias a comprovar pelo "curriculum vitae" e respetivas certificações:
 - i. Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching;
 - ii. Experiência mínima de 3 anos na área da administração de redes, especificamente assentes em equipamentos Cisco;
 - iii. Experiência mínima de 2 anos na área de administração de voz (VoIP) assentes em soluções Cisco;
 - iv. Experiência mínima de 3 anos na área da administração de soluções de segurança: CheckPoint, Fortinet;
 - v. Experiência mínima de 2 anos nos seguintes produtos: A10 Networks, Allot Communications, Cisco Prime, Aruba;
 - vi. Conhecimento e Experiência mínima de 3 anos de Linux RHEL;

2. Adicionalmente este perfil, poderá ter as seguintes competências opcionais a comprovar pelo "curriculum vitae" e respetivas certificações ou comprovativos de formação:
 - i. Certificações em fabricante Cisco (além de CCNP);
 - ii. Certificações em produto Fortigate;

Lote 5:

2.5. Lote 5 - Aquisição de serviços de suporte (Sistemas Operativos)

- a) Os serviços a prestar serão realizados com recurso a uma bolsa de horas, num total de 4424 horas, distribuídas da seguinte forma:

| Perfil | Preço base/hora (sem Iva) | Nº Recursos mínimos | Nº horas 2021 | Nº horas 2022 | N.º Total de Horas Máximo para a vigência contratual |
|---|---------------------------|---------------------|---------------|---------------|--|
| Consultor Tecnológico (Sistemas Operativos) | 40,00 € | 1 | 2.112 | 2.112 | 4224 |
| Serviço de prevenção | 45,00 € | | 100 | 100 | 200 |

- b) Os serviços de suporte (Sistemas Operativos) englobam as seguintes atividades:

- Criar e disponibilizar servidores físicos, sejam standalone, sejam em clusters de alta disponibilidade;
- Criar e disponibilizar servidores virtuais;
- Controlar e administrar serviços de diretório;
- Gerir utilizadores;
- Instalar atualizações (patches);
- Controlar a evolução de versões de sistemas operativos;
- Executar configurações, atualizações e alterações em servidores físicos e em virtuais;
- Atualizar o inventário, monitorização e controlo do parque de servidores;
- Assegurar a realização de abates, da inventariação, do desmantelamento e do controlo dos sistemas físicos;

c) **Perfil dos recursos a afetar**

Consultor Tecnológico (Sistemas Operativos)

1.Os recursos apresentados para este perfil, deverão ter, no seu conjunto as seguintes competências mínimas obrigatórias a comprovar pelo "curriculum vitae" e respetivas certificações:

- Experiência profissional mínima de 5 anos na área da administração de Sistemas Linux;
- Experiência mínima de 2 anos consolidada na área de automação e containers, especificamente nas componentes de desenvolvimento de playbooks em Ansible, instalação e configuração de Kubernetes e containers (docker); c. Excelentes conhecimentos de KVM e Linux RHEL;

2.Adicionalmente este perfil, poderá ter as seguintes competências opcionais a comprovar pelo "curriculum vitae" e respetivas certificações ou comprovativos de formação:

- Conhecimentos e Experiência mínima de 2 anos de Jenkins e SVN;
- Certificação em Containers, Kubernetes, and RedHat OpenShift Administration I
- VMWare vSAN: Deploy and Manage
- Certificação em Oracle Linux 6 Certified Implementation Specialist

2.10 Foram apresentadas quatro (4) propostas, das seguintes concorrentes e para os seguintes lotes:

| Concorrentes | Data/hora receção | Lotes | Valor global proposta |
|--|---------------------|-------------------------|-----------------------|
| PrimeIT Consulting, S.A. | 2021/05/06 14:23:48 | 1.0;2.0;3.0;4.0;5.0;6.0 | 729.687,72€ |
| Aubay Portugal, S.A. | 2021/05/06 14:29:25 | 1.0;4.0 | 287.786,40€ |
| IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda. | 2021/05/06 19:10:40 | 04;5.0 | 245.090,20€ |
| Claranet Talent, S.A. | 2021/05/06 21:50:47 | 1.0;2.0;3.0;4.0;6.0 | 829.792,00€ |

2.11 O júri entendeu por unanimidade ser desnecessário solicitar esclarecimentos sobre as propostas apresentadas, nos termos do artigo 72.º do CCP.

2.12 Em relatório preliminar elaborado em 08/07/2021, foi proposto:

a) A exclusão da proposta apresentada pela empresa *PrimeIT Consulting, S.A.* para todos os lotes, por não conter elementos, designadamente, os “curriculum vitae” que demonstrem as competências e experiência obrigatórias exigidas pelo Caderno de Encargos, nos termos alínea a) do nº 2 do artigo 70.º e alínea o) do nº 2 do artigo 146 do CCP

b) A ordenação das demais propostas técnico nos termos do seguinte quadro:

| LOTE 1 | | | | | | | | | | | | | |
|--------|-----------------------|------------|------------|-----------|----------------|----|----|-----------|------------------------------------|----|-----------|-----------------|-----------------|
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 2 | Aubay Portugal, S.A. | 158.340,00 | 139.369,20 | 2,898 | 3 | 3 | 3 | 3,000 | 6 | 6 | 5,000 | 3,359 | 2 |
| 4 | Claranet Talent, S.A. | 158.340,00 | 147.392,00 | 2,492 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 6 | 6 | 5,000 | 3,585 | 1 |
| LOTE 2 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 4 | Claranet Talent, S.A. | 190.008,00 | 172.512,00 | 2,677 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 7 | 7 | 5,000 | 3,671 | 1 |
| LOTE 3 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 4 | Claranet Talent, S.A. | 185.484,00 | 168.288,00 | 2,682 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 11 | 11 | 5,000 | 3,673 | 1 |
| LOTE 4 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 2 | Aubay Portugal, S.A. | 185.184,00 | 148.417,20 | 3,392 | 3 | 3 | 3 | 3,000 | 2 | 2 | 5,000 | 3,557 | 3 |
| 3 | EW, Lda | 185.184,00 | 117.448,00 | 4,093 | 3 | 3 | 4 | 3,500 | 2 | 2 | 5,000 | 4,037 | 1 |
| 4 | Claranet Talent, S.A. | 185.184,00 | 155.840,00 | 3,161 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 2 | 2 | 5,000 | 3,864 | 2 |
| LOTE 5 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 3 | EW, Lda | 177.960,00 | 127.651,20 | 3,787 | 3 | 3 | 4 | 3,500 | 3 | 4 | 3,750 | 3,665 | 1 |
| LOTE 6 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 4 | Claranet Talent, S.A. | 197.520,00 | 185.760,00 | 2,360 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 5 | 7 | 3,571 | 3,258 | 1 |

2.13 Em sede de audiência prévia, a sociedade *Claranet Talent, S.A.* (ordenada em 2.º lugar no lote 4 e em 1.º lugar nos lotes 1, 2, 3 e 6) apresentou pronúncia, nos termos da qual a proposta apresentada pela *IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda.* ao lote 4 deveria ser excluída, em virtude desta empresa não apresentar os certificados em português e por existirem certificados sem prazo de validade.

2.14 Após tal audiência prévia, no 1.º relatório datado de 26/08/2021, o júri pronunciou-se nos seguintes termos:

“1) *Relativamente à pronúncia da Claranet, no Lote 4, o júri verifica que a IDW apresentou os certificados em idioma estrangeiro e existem certificados sem prazo de validade, conforme se indica:*

a) *Certificados apresentados em idioma estrangeiro, sem tradução e sem prazo de validade:*

- Documento da proposta 1-1_CCNA_SM338_assinado;
- Documento da proposta 1-2_CCNP R&S_SM338_assinado;
- Documento da proposta 1-11_NSE_4_certificate-SM338-assinado.

b) Certificados apresentados em idioma estrangeiro, sem tradução e com prazo de validade:

- Documento da proposta 1-3_CCNP_BT338_assinado.

2) O júri verificou ainda que, também para o Lote 5, a IDW apresentou os certificados em idioma estrangeiro e sem prazo de validade, conforme se indica:

a) Certificados apresentados em idioma estrangeiro, sem tradução e sem prazo de validade:

- Documento da proposta 1-12_O_LINUX-CF338_assinado.

A apresentação dos certificados em idioma estrangeiro viola o nº 1 do artigo 58º do CCP e determina a exclusão, nos termos da alínea e) do nº 2 do artigo 146º do CCP.

Por outro lado, os certificados que não tenham prazo de validade por terem sido omitidos os dados a este respeito neles constantes violam as alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 57º, o que determina a exclusão nos termos da alínea a) do nº 2 do artigo 70º do CCP e da alínea o) do nº 2 do artigo 146º do CCP.”

2.15 Na sequência dessa ponderação, propôs o júri, além do mais:

“(…)

2) A exclusão da proposta apresentada pela empresa IDW, Lda, para os Lotes 4 e 5, de acordo com os fundamentos apresentados nos n.ºs 1) e 2) da ponderação do júri, do ponto VIII e nos termos da alínea a) do nº 2 do artigo 70º e da alínea o) do nº 2 do artigo 146º do CCP.

3) A ordenação das propostas nos termos dos quadros constantes do precedente ponto IX”, sendo tal quadro o seguinte:

| LOTE1 | | | | | | | | | | | | | |
|-------|-----------------------|------------|------------|-----------|----------------|----|----|-----------|------------------------------------|----|-----------|-----------------|-----------------|
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 2 | Aubay Portugal, S.A. | 158.340,00 | 139.369,20 | 2,898 | 3 | 3 | 3 | 3,000 | 6 | 6 | 5,000 | 3,359 | 2 |
| 4 | Claranel Talent, S.A. | 158.340,00 | 147.392,00 | 2,482 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 6 | 6 | 5,000 | 3,585 | 1 |
| LOTE2 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 4 | Claranel Talent, S.A. | 190.008,00 | 172.512,00 | 2,677 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 7 | 7 | 5,000 | 3,671 | 1 |
| LOTE3 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 4 | Claranel Talent, S.A. | 185.484,00 | 168.288,00 | 2,682 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 11 | 11 | 5,000 | 3,673 | 1 |
| LOTE4 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 2 | Aubay Portugal, S.A. | 185.184,00 | 148.417,20 | 3,392 | 3 | 3 | 3 | 3,000 | 2 | 2 | 5,000 | 3,557 | 3 |
| 3 | IDW, Lda | 185.184,00 | 117.448,00 | 4,093 | 3 | 3 | 4 | 3,500 | 2 | 2 | 5,000 | 4,037 | 1 |
| 4 | Claranel Talent, S.A. | 185.184,00 | 155.840,00 | 3,161 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 2 | 2 | 5,000 | 3,864 | 2 |
| LOTE5 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 3 | IDW, Lda | 177.960,00 | 127.651,20 | 3,787 | 3 | 3 | 4 | 3,500 | 3 | 4 | 3,750 | 3,665 | 1 |
| LOTE6 | | | | | | | | | | | | | |
| Ordem | Concorrentes | Preço | | | Mérito técnico | | | | Competências e exper prof opcional | | | Pontuação Final | Ordenação Final |
| | | Base | Proposta | Pontuação | A1 | A2 | A3 | Pontuação | C | TC | Pontuação | | |
| 4 | Claranel Talent, S.A. | 197.520,00 | 185.760,00 | 2,360 | 4 | 4 | 4 | 4,000 | 5 | 7 | 3,571 | 3,258 | 1 |

VIII – Audiência Pública

- 2.16 Notificada de tal relatório, a IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda. apresentou pronúncia relativamente à referida exclusão, alegando que apresentou a sua proposta aos lotes 4 e 5 com todos os documentos solicitados pela entidade adjudicante no artigo 10.º do programa de concurso, incluindo, no que respeita ao fator “competência e experiência”, dois quadros, em língua portuguesa, com a “*indicação dos atributos destinados à avaliação desse fator*”, como lhe era exigido no n.º 1, b), iii. daquele artigo 10.º.
- 2.17 Alega, ainda, que o referido “*documento com a indicação dos atributos...*” seria um documento integrante da proposta, devendo constar o próprio corpo/texto da mesma, sob pena de exclusão, e os “*curricula vitae*” e as *certificações ou certificados de formação seriam os anexos à proposta destinados (meramente) a comprovar os atributos/competências identificados na proposta. O facto de alguns dos referidos anexos não estarem redigidos em língua portuguesa, nomeadamente os cinco certificados referidos pelo Júri no Relatório Final e que visavam apenas comprovar alguns dos atributos identificados na Proposta, não é – nem deve ser – motivo de exclusão da Proposta apresentada pela IDW, já que não são estes os documentos que constituem a Proposta, nem indicam os respetivos atributos, apenas os comprovam. O que se exige no artigo 10.º do Programa de Concurso é que os “documentos que integrem a proposta”, entre os quais o referido “documento com a indicação dos atributos destinados à avaliação do fator “Competência e experiência” (no caso, os quadros da pág. 22 e 23 da Proposta da IDW), não sejam redigidos em língua*

estrangeira. Nada se exige relativamente à língua dos certificados comprovativos desses atributos e competências, nem estes constituem elementos submetidos à concorrência, dada a sua natureza meramente acessória relativamente ao conteúdo da proposta e dos respetivos atributos.”.

- 2.18 Quanto à alegada ausência de data de validade de algumas certificações, após defender também que tais documentos não constituem atributo da proposta, mas que apenas comprovam os atributos vertidos no documento próprio da proposta, defende:

“91. Acresce que em nenhuma das peças do concurso é referido como é que os certificados deveriam ser emitidos ou quais os elementos ou informação que deveriam constar dos mesmos para que fossem admitidos pelo Júri.

92. Com efeito, apenas se exige nos pontos 2.4. e 2.5 do Anexo 1 do Caderno de Encargos que as competências obrigatórias e opcionais de cada recurso apresentadas na Proposta sejam comprovadas através de “certificações ou comprovativos de formação”.

93. Sem se especificar mais nada a este propósito, nomeadamente qual o tipo, forma, elementos, prazos e/ou validade exigidos para tais “certificações ou comprovativos de formação”.

94. E ainda que existissem tais especificações, os certificados apresentados são emitidos pelos fabricantes das tecnologias em causa, sendo que a IDW ou qualquer outra empresa não consegue, por sua iniciativa, alterar o conteúdo dos mesmos.

95. Razão pela qual não pode a ausência de prazo dos referidos quatro certificados ser relevante para a eventual exclusão da Proposta da IDW, uma vez que não decorre de qualquer exigência do concurso aqui em causa, nem invalida o que se pretende atestar com a junção desses documentos.

96. Para além disso, tanto quanto é do conhecimento da IDW, o fabricante Oracle nunca apresenta data de validade nos certificados que emite, como aliás também se pode comprovar pelos certificados apresentados pela concorrente Claranet relativamente ao Lote 2, emitidos por esse mesmo fabricante e sem qualquer data de validade.

97. E compreende-se que assim seja, atendendo ao objeto da certificação.

98. A IDW, assim como outras empresas concorrentes, já utilizou certificados emitidos pelo fabricante Oracle nestes termos em diversos concursos públicos, sem que a questão da ausência da data de validade consubstanciasse qualquer obstáculo à sua candidatura, porque, ainda que sem prazo de validade, tais certificados não deixam de ser válidos nem de atestar a informação neles contida.

99. No que respeita aos fabricantes Cisco e Fortinet, a IDW conseguiu apurar que apenas os certificados mais recentes apresentam a data de certificação, mas os mais

antigos não continham qualquer data, nem da certificação, nem da sua (hipotética) validade.

100. Tendo a IDW, assim como outras empresas concorrentes já apresentado noutros concursos também tais certificados emitidos pelos fabricantes Cisco e Fortinet, sem data, e não tendo sido levantado qualquer problema, muito menos sido determinada a exclusão de qualquer proposta que contemplasse tais certificados sem data, pois ainda que sem prazo de validade, tais certificados continuam válidos e comprovam a informação neles contida.

101. Assim, parece resultar absolutamente claro que todos os documentos solicitados pela Entidade Adjudicante nas peças procedimentais foram efetivamente entregues pela IDW nas condições exigíveis, não podendo o facto de alguns dos documentos comprovativos das competências exigidas e anexos à Proposta não terem prazo de validade - por terem sido assim emitidos pelos respetivos fabricantes -, ser motivo de exclusão da Proposta ou ser impeditivo de análise e avaliação da candidatura da IDW.”

2.19 Mais invocou ainda que caso o júri tivesse alguma dúvida sobre os certificados apresentados, em vez de ter decidido excluir, sem mais, a proposta por causa da língua inglesa de alguns desses certificados, poderia e deveria ter pedido esclarecimentos ou mesmo a entrega desses documentos em língua portuguesa, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

2.20 No 2.º relatório final, datado de 11/10/2021, o júri decidiu manter a proposta de exclusão da IDW, com a seguinte fundamentação:

“O Júri entende que não assiste razão ao concorrente IDW pelos seguintes motivos:

Os “curriculum vitae” apresentados pelo concorrente fazem parte da proposta conforme se vê pela redação articulada entre a sublínea iii) e o corpo da alínea b) do nº 1 do artigo 10º e Anexo II do Programa do concurso e contêm elementos essenciais para a avaliação.

A concorrente apresentou os seguintes certificados:

O certificado “1 - 2_CCNP R&S_SM338_assinado.pdf”

O certificado “1 - 1_CCNA_SM338_assinado.pdf”

Os certificados mencionados não apresentam a data de emissão, a data de validade, o código e as instruções para verificação online.

Idênticos certificados apresentados pelos concorrentes Aubay e ClaraNet, apresentam a data de emissão, a data de validade, o código e as instruções para verificação online e são acompanhados pela tradução para português.

Constituindo tais documentos elementos essenciais da proposta, não é possível a aplicação do nº 3 do artigo 72º do CCP.

Sendo assim, os pressupostos, de facto e de direito, para a proposta de exclusão mantêm-se.”

- 2.21 Por despacho de 16/11/2021 do Vogal do Conselho Diretivo do *Instituto da Informática, I.P.* foi, face à urgência do procedimento e com sujeição a ratificação em reunião seguinte do CD, aprovada a adjudicação dos Lote 1, 2, 3, 4, 6, à empresa *Claranet Talent, S.A.*, pelo valor global de 829.792,00€, acrescido do IVA à taxa legal em vigor e aprovação da minuta contratual.
- 2.22 Tal decisão foi ratificada por deliberação aprovada por unanimidade na reunião do Conselho Diretivo realizada em 18/11/2021.
- 2.23 Através do ofício DFP - 45589/2021, datado de 27/12/2021, o DFP deste tribunal notificou o requerente nos seguintes termos:
- 1. De acordo com a fundamentação do preço base que consta das peças do procedimento, (informação n.º I-II/DOGP-AO/9506/2020), terá sido efetuada uma consulta informal ao mercado a quatro entidades nos termos do artigo 35.º-A do CCP. Caso tal informação se confirme, remeta a documentação relativa a essa consulta.*
 - 2. Na sequência da questão anterior, demonstre o cumprimento do disposto nos n.ºs 2 a 4 artigo 35.º-A do CCP, justificando a omissão das informações relativas à consulta nas peças do procedimento.*
 - 3. Justifique legalmente como considera que ao procedimento de formação do presente contrato se aplica a redação do CCP anterior à publicação do Decreto-Lei n.º 111-B/2018, de 31 de agosto, tal como mencionado no ponto “I-Introdução” dos relatórios preliminar e final, tendo em conta a data de início do procedimento (01.04.2021) e que na informação que sustenta a decisão de contratar são feitas menções à redação do CCP atualmente em vigor.*
 - 4. Fundamente legalmente o concreto modelo de avaliação de propostas adotado, consagrado no programa do procedimento, pronunciando-se sobre todos fatores e subfactores e respetivas ponderações, demonstrando que da aplicação do mesmo se obteve a melhor proposta no cumprimento das normas e princípios que norteiam a contratação pública.*
 - 5. Na sequência da questão anterior, pronuncie-se sobre a adequabilidade e proporcionalidade das exigências ao nível das habilitações e da experiência profissional mínimas exigidas para os técnicos que devem constituir a equipa técnica, tendo sempre por referência aos princípios que norteiam a contratação pública.*
 - 6. Esclareça e fundamente como considera legalmente possível que o concorrente IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda, tenha sido excluído do concurso em sede análise das propostas, conforme consta do 1.º relatório final (que de acordo*

com o relatório preliminar foi a empresa que ficou classificada em primeiro lugar para os lotes 4 e 5), sem que antes lhe tenham sido solicitados esclarecimentos, tendo em conta o disposto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, na atual redação (cfr. a esse respeito o acórdão do TdC n.º 23/2021, da 1.ª Secção-SS, de 06.10). Fundamente legalmente como considera que os relatórios conexos ao procedimento se podem ter por devidamente fundamentados, tal como previsto no artigo 146 e 148.º do CCP, quando dos mesmos não constam a decomposição das pontuações atribuídas aos fatores e subfatores das propostas apresentadas pelos concorrentes, em especial no que diz respeito aos subfatores que compõem o fator “Mérito Técnico”.

- 7. Sem prejuízo da resposta à questão anterior, remeta mapa demonstrativo do cálculo dos valores dos subfactores que compõem o referido fator “Mérito Técnico.*
- 8. Comprove, documentalmente que o adjudicatário foi notificado da decisão de adjudicação, em simultâneo com a entrega dos documentos de habilitação, da prestação da caução e da pronúncia sobre a minuta de contrato, em conformidade com o disposto nas alíneas a), b) e d) do n.º 2 do artigo 77.º do CCP.*
- 9. Demonstre, documentalmente, que foi efetuada a publicitação no Portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e execução do contrato, face ao disposto no artigo 465.º, do CCP, na atual redação.*
- 10. Esclareça se já foi efetuada a publicitação do anúncio de adjudicação, nos termos do n.º 1 do artigo 78.º do CCP, remetendo-se prova documental.*
- 11. Demonstre que foi efetuada a inscrição dos compromissos plurianuais na base de dados central, de acordo com o disposto no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho.*
- 12. Remeta cópia da ata da reunião do conselho diretivo da Agência para a Modernização Administrativa, I.P. (AMA, I.P.), pedido de parecer prévio, em que foi tomada a deliberação da emissão do parecer prévio favorável à celebração do contrato, nos termos do disposto no artigo 15.º da Resolução n.º 14/2011.*
- 13. Considerando que o lote 5 ficou deserto, informe de que forma irão ser assegurados esses serviços, qual o procedimento adotado e montantes envolvidos.*
- 14. Remeta cópia do caderno de encargos onde constem as cláusulas de execução do contrato, nos termos do artigo 42.º do CCP, na atual redação.*
- 15. Informe quanto a eventuais apresentações de impugnações judiciais de atos administrativos ou equiparados, praticados no decurso do procedimento, de peças neste patenteadas ou do contrato celebrado, em cumprimento do disposto na alínea x) do n.º 1 do artigo 17.º, da Resolução n.º 14/2011, enviando, em caso afirmativo, cópia das peças processuais relevantes.*

16. Remeta toda a documentação financeira, pelo orçamento em vigor, pelo valor global da despesa, de acordo com as Resoluções n.os 14/2011 e 1/2020, na versão atual, nomeadamente:

a) Informação de cabimento orçamental (Anexo II da Resolução n.º 1/2020);

b) Informação de compromisso orçamental (Anexo III da Resolução n.º 1/2020);

c) Mapa de encargos orçamentais diferidos (Anexo IV da Resolução n.º 1/2020);

d) Comprovativo do registo do compromisso para efeitos de fundos disponíveis;

e) Comprovativo do registo do compromisso plurianual, nos termos do artigo 6.º, n.º 2 da Lei n.º 8/2012, de 21/02, e do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho.

f) Informação de controlo dos fundos disponíveis, demonstrativa de que o compromisso assumido não ultrapassou os fundos disponíveis (Anexo V da Resolução n.º 1/2020);

g) Mapa de fundos disponíveis referente ao mês da inscrição do compromisso em causa, extraído do sistema informático em utilização nessa entidade;

h) Extrato da conta corrente dos fundos disponíveis extraídos da aplicação informática e contabilística, de onde conste a informação de saldo de fundos disponíveis antes e após a inscrição do respetivo compromisso;

i) Mapa de fundos disponíveis, referente ao mês de inscrição do compromisso, retirado da aplicação da DGO.

17. Na eventualidade da resposta à presente devolução der entrada nesta Direção-Geral no ano de 2022, se remeta toda a documentação financeira pelo mencionado ano económico, de acordo com a Resolução do TC n.º 1/2020, publicada no DR, 2.ª série, n.º 86, de 04 de maio, na redação que lhe foi dada pela Resolução n.º 2/2020, publicada no DR, 2.ª série, n.º 135, de 14 de julho.

2.24 O requerente respondeu através do ofício S-II/499/2022/DOGP-AO, datado de 21/01/2022, alegando, no que toca à exclusão da concorrente IDW, o seguinte:

“A resposta à pergunta sobre a exclusão da concorrente IDW envolve a caracterização e importância dos certificados.

Tais documentos revelam um dos atributos da proposta conforme se vê pelo disposto na subalínea iii) da alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º e Anexo II do programa do concurso. Os atributos são o núcleo essencial da proposta por neles se tornar manifesta a concorrência entre os operadores e a melhor escolha do bem ou serviço que se pretende adquirir.

Por ser assim, julga a entidade adjudicante que nos exemplos avançados, pela doutrina reputada, de aplicação da segunda parte do n.º 3 o artigo 72.º do CCP, se incluem documentos que não contêm os atributos da proposta (cfr. Pedro Costa Gonçalves, Direito dos Contratos Públicos, 5ª edição, pág. 844).

O mesmo acontece, aliás, com o Acórdão referido no ofício o qual, todavia, não era do conhecimento do júri aquando do relatório final por ter sido publicado, tudo indica, no dia 14 de outubro de 2021.

Deste modo, o júri interpretou o n.º 3 do artigo 72.º do CCP, quer quanto ao idioma quer quanto aos restantes vícios dos documentos contendo atributos, como inaplicável quando a lei expressamente comine a falta ou o vício com a exclusão da proposta, em aproximação dos casos em que não era possível a admissão condicional previstos no revogado n.º 4 do artigo 101.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho (cfr. Gonçalo Guerra Tavares, Comentário ao Código dos Contratos Públicos, pág. 322).”

2.25 Em Sessão Diária de Visto de 27 de janeiro de 2021 foi decidido devolver o contrato à entidade fiscalizada, para os seguintes efeitos:

“1. Pronuncie-se sobre a obrigatoriedade de aposição de data de emissão, data de validade, código e instruções para verificação online em todas as certificações exigidas no programa, especialmente naquelas que determinaram a exclusão de concorrentes, demonstrando documentalmente que as certificações não possam ser consideradas sem algum daqueles elementos;

2. Identifique as certificações que, para os perfis dos lotes 4 e 5 eram de apresentação obrigatória e aquelas que seriam meramente opcionais, esclarecendo em quais foram detetadas irregularidades que levaram à exclusão de propostas e em que termos é que a falta destas últimas (as meramente opcionais) seria suscetível de determinar exclusão de propostas;

3. Na sequência da questão anterior, fundamente que tenham sido apontados como motivo de exclusão de propostas irregularidades dos documentos que atestariam que os recursos propostos para os lotes 4 e 5 detinham certificações exigidas a título não obrigatório, ao invés de, por exemplo, as desconsiderar, fundamentadamente, para efeitos de avaliação de propostas;

4. Pronuncie-se quanto ao facto de considerar que os motivos de exclusão da proposta da concorrente IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda. não são passíveis de suprimento, nos termos do n.º 2 do artigo 72.º do CCP, uma vez que os certificados em causa foram emitidos antes da data de apresentação de propostas;

5. Remeta as propostas completas apresentadas pela PRIME IT Consulting S.A. a todos os lotes do procedimento.”

2.26 A entidade fiscalizada respondeu à notificação para pronúncia através do ofício S-II/1092/2022/DOGP-AO, datado de 11/02/2022 (junto aos autos e que aqui se dá por integralmente reproduzido), sendo que no que respeita ao ponto 1) se pronunciou nos seguintes termos:

Cada certificação possui um período de vigência. Findo esse período, o recurso ao qual a certificação respeita deixa de ser considerado como possuindo a referida certificação, quer pela entidade certificadora, quer pelo Contraente Público no contexto de procedimentos nos quais é exigida ou valorada determinada certificação.

A extensão do período de vigência da certificação varia conforme a política de cada entidade certificadora e, por vezes, para a mesma entidade certificadora, varia com a competência certificada.

Acresce, ainda, que as entidades certificadoras atualizam ocasionalmente as suas políticas, podendo ocorrer que um tipo de certificado que, até determinada data, era emitido com uma dada duração de vigência poderá, após essa data, passar a ser emitido com uma vigência diferente.

Para que o Contraente Público possa, de forma simples e não ambígua, determinar, para cada proposta e recurso, se está em vigor uma determinada certificação, é necessário que o documento que a comprova contenha elementos que permitam aferir que a certificação se encontra em vigor.

As combinações de elementos informativos constantes dos certificados e que permitem validar a vigência da certificação, variam conforme a política da entidade certificadora em vigor no momento da emissão do certificado. São exemplos de combinações de elementos:

- o certificado apresenta uma data de emissão e uma data de validade: a certificação é considerada em vigor no período entre a data de emissão e a data de validade;
- o certificado apresenta um código para validação e instruções para verificação online: a utilização da funcionalidade online, que recebe como dado de entrada o código de validação, permite validar a autenticidade do certificado e que a certificação à qual respeita se encontra em vigor.

Documentam-se de seguida, por referência ao caderno de encargos, todas as certificações obrigatórias e opcionais para os vários lotes deste procedimento e, para cada uma, quais as propostas que apresentaram certificados e se esses certificados continham os elementos necessários à validação.

| Lote | Certificação | Obrig? (S/N) | Propostas que apresentaram certificados | Validado? (prazo) |
|------|---|--------------|---|--------------------|
| 1 | Oracle Certified Associate Weblogic Server 12c Administrator | N | Aubay Portugal, S.A. | Sim |
| | | | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| 2 | Oracle Certified Professional 11g ou superior | S | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | Oracle Certified Expert, Oracle Real Application Clusters 11g and Grid Infrastructure Administrator | S | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | Oracle Database Security Certified Implementation Specialist | S | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | Oracle Database Performance Tuning Certified Expert | N | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | Oracle Exadata Certified Implementation Specialist | N | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | Oracle Linux Implementation Specialist | N | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| 3 | Cloudera Certified Administrator for Apache Hadoop (CCA4H) | N | Claranet Talent, S.A.] | Sim |
| | Cloudera Spark and Hadoop Developer | N | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| 4 | CCNP Routing and Switching | S | Aubay Portugal, S.A. | Sim |
| | | | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | | | IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | Não |
| | | | PrimelT Consulting, S.A. | Sim |
| | Certificações em fabricante Cisco (além de CCNP) | N | Aubay Portugal, S.A. | Sim |
| | | | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | | | IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | Não ⁽³⁾ |

| Lote | Certificação | Obrig? (S/N) | Propostas que apresentaram certificados | Validado? (prazo) |
|-------------------------|---|--------------|--|--------------------|
| | <i>Certificações em produto Fortigate</i> | N | Aubay Portugal, S.A. Claranet Talent, S.A. IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | Sim Sim Sim |
| 5 | <i>Containers, Kubernetes, and RedHat OpenShift Administration I</i> | N | IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | Sim |
| | <i>Oracle Linux 6 Certified Implementation Specialist</i> | N | IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | Sim ⁽⁴⁾ |
| | <i>Certificado PMP (Project Management Professional)</i> | S | Claranet Talent, S.A. PrimeT Consulting, S.A. | Sim Sim |
| 6 GTI ⁽¹⁾ | <i>ITIL® Foundation Certificate in IT Service Management</i> | S | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | <i>Certified ScrumMaster®</i> | S | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | <i>Certificação CAPM (Certified Associated in Project Management) pelo PMI ou PMP pelo PMI</i> | S | Claranet Talent, S.A. | Sim ⁽²⁾ |
| | <i>ISO 20000 Practitioner</i> | N | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | <i>ISO 27001 Practitioner</i> | N | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| | <i>CIPT Certified Information Privacy Technologist</i> | N | Claranet Talent, S.A. | Sim |
| 6 ET ⁽¹⁾ | <i>Não são pedidas certificações com caráter obrigatório ou opcional para este perfil do lote 6</i> | | | |

Notas:

- 1 – O Lote 6 possui dois perfis com requisitos distintos, Gestor Técnico de Iniciativas (GTI) e Especialistas Tecnológicos (ET).
- 2 – Via a certificação alternativa "Certificado PMP (Project Management Professional)".
- 3 – 1 de 2 certificados apresenta elementos.
- 4 – Contrariamente ao indicado no relatório final, pelo que a fundamentação da exclusão deveria ter-se confinado à ausência de tradução

Documenta-se de seguida a situação em que foi entregue certificado comprovativo de certificações obrigatórias, mas no qual estavam ausentes os elementos mínimos necessários para permitir ao o Juri do procedimento concluir que a correspondente certificação se encontrava em vigor. Este certificado

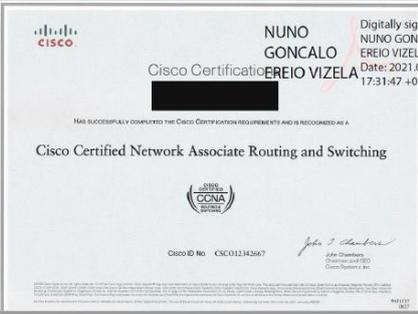
não possui qualquer elemento que permita aferir se a certificação correspondente se encontra em vigor.

| | |
|---|--|
| <p>Lote 4</p> <p>Concorrente: IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda,</p> <p>Certificação: Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching</p> <p>Documento: 1-2_CCNP R&S_SM338_assinado</p> | |
|---|--|

Para contraste, os dois casos seguintes são de certificados de outros dois concorrentes para o mesmo lote e certificação. Estes certificados já apresentam os elementos "Date Certified" e "Valid Through" ("Data da certificação" e "Válido até") que permitem aferir que a certificação se encontrava em vigor. Está ainda presente em ambos, no canto inferior esquerdo, um "Certificate Verification No." quer permite validar o certificado online, o que não sucede com o certificado acima:

| | |
|--|---|
| <p>Lote 4</p> <p>Concorrente: Claranet Talent, S.A.</p> <p>Certificação: Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching</p> <p>Documento: Lote4_CCNP_R&S_RF_DC_2021</p> |  |
| <p>Lote 4</p> <p>Concorrente: Aubay Portugal, S.A.</p> <p>Certificação: Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching</p> <p>Documento: 1 - 7_Lote4_CC_CCNP_RS_signed</p> |  |

Não ocorreu exclusão de propostas apenas por omissão dos elementos que permitem aferir a vigência da certificação quando esta é valorizada, mas não obrigatória (logo não exigida). No entanto também para estes ocorreram situações de ausência dos referidos elementos (datas e código de verificação), por exemplo:

| | |
|--|--|
| <p>Lote 4</p> <p>Concorrente: IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda,</p> <p>Certificação: Certificações em fabricante Cisco (além de CCNP)</p> <p>Documento: 1-1_CCNA_SM338_assinado</p> |  |
|--|--|

2.27 Relativamente ao ponto 2), a entidade fiscalizada refere o seguinte:

Reportando ao Anexo I do Caderno de Encargos do procedimento, para os lotes 4 e 5 do procedimento, são as seguintes as certificações nele referidas, agrupadas por lote e por obrigatoriedade.

Para cada certificação identificam-se as propostas para as quais se identificaram irregularidades nos certificados entregues, quais os certificados irregulares e quais as irregularidades encontradas.

Lote 4:

1. Certificações obrigatórias:

1.1. *Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching.*

| Proposta | Documento | Irregularidades |
|---|-----------------------------|---|
| IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | 1-2_CCNP_R&S_SM338_assinado | <ul style="list-style-type: none"> Em idioma estrangeiro e sem tradução. Não contem elementos que permitam determinar a validade. |

2. Certificações meramente opcionais:

2.1. *Certificações em fabricante Cisco (além de CCNP):*

| Proposta | Documento | Irregularidades |
|---|-------------------------|---|
| IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | 1-1_CCNA_SM338_assinado | <ul style="list-style-type: none"> Em idioma estrangeiro e sem tradução. Não contem elementos que permitam determinar a validade. |
| | 1-3_CCNP_BT338_assinado | <ul style="list-style-type: none"> Em idioma estrangeiro e sem tradução certificada. |

2.2. *Certificações em produto Fortigate*

| Proposta | Documento | Irregularidades |
|---|---------------------------------------|---|
| IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | 1-11_NSE_4_certificate-SM338-assinado | <ul style="list-style-type: none"> Em idioma estrangeiro e sem tradução. |

Lote 5:

1. Certificações obrigatórias: não existem certificações obrigatórias para este lote.

2. Certificações meramente opcionais:

2.1. *Certificação em Containers, Kubernetes, and RedHat OpenShift Administration I:* não foram detetadas irregularidades motivadores de exclusão de propostas.

2.2. *Certificação em Oracle Linux 6 Certified Implementation Specialist*

| Proposta | Documento | Irregularidades |
|---|-----------------------------|---|
| IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda | 1-12_0_LINUX-CF338_assinado | <ul style="list-style-type: none"> Em idioma estrangeiro e sem tradução. |

2.28 Quanto ao ponto 3), disse a entidade fiscalizada:

O Júri excluiu as propostas nas quais foram apresentados certificados em idioma estrangeiro e não acompanhados de tradução certificada para certificações opcionais, ao invés de meramente não levar em conta essas certificações na valoração da proposta, por ter sido interpretação do Júri que estes certificados são parte integral e indissociável dos atributos da proposta, estando cobertos pelos fundamentos de exclusão assinalados nos relatórios, preliminar e finais.

2.29 Quanto ao ponto 4), a entidade fiscalizada pronunciou-se nos seguintes termos:

“Ponto 4

Como foi referido no anterior ofício, o júri entendeu que o vício, nos documentos que continham os atributos, inviabilizava a aplicação do nº 3 do artigo 72º do CCP.

Por razões análogas relacionadas com documentos que continham atributos, o júri interpretou o nº 2 do artigo 72º do CCP como não dando habilitação para a sua intervenção no sentido de suprir causas de exclusão ou no sentido de melhorar os atributos (cfr. Pedro Fernández Sánchez, Direito da Contratação Pública, volume II, Almedina, pág. 193)”.

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 expreso 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. São as seguintes, as questões a analisar:

- 4.1. *Os elementos integrantes da proposta que se destinam a comprovar os elementos indicados nos atributos são eles próprios atributos ou, mesmo não o sendo, estão sujeitos ao regime daqueles?*
- 4.2. *Deveria a entidade pública ter solicitado ao concorrente a entrega das traduções em português dos documentos, in casu os certificados em língua inglesa, em vez de, sem mais, o ter excluído por violação do art. 58.º CCP?*

Primeira questão

5. Os atributos da proposta, nos termos do art. 56.º, n.º 2 CCP, consistem em “qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspeto de execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos. Eles devem ser representados por “fatores ou subfactores que densificam o critério de adjudicação” (art. 70.º, n.º 1 CCP). Cabe à entidade adjudicante definir as modalidades de critério da proposta economicamente mais vantajosa, através da modalidade de multifator, “quando o critério de adjudicação é densificado por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, correspondentes a diversos aspetos da execução do contrato a

celebrar”, ou monofator, quando o “critério de adjudicação é densificado por um fator correspondente a um único aspeto do contrato a celebrar, designadamente o preço” (art. 74.º, n.º 1, respetivamente, alíneas a) e c) CCP).

6. Os fatores e respetivos subfactores que densificam o critério de adjudicação devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, podendo ser, em função dos objetivos e necessidades da entidade adjudicantes, ligados a diferentes elementos, como à qualidade, designadamente de valor técnico; à organização, designadamente, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão; ou, ao serviço pós venda e condições de entrega (art. 75.º, n.º 2, alíneas a), b) e c) CCP).
7. É de acordo com o preenchimento desses fatores e subfactores que as propostas irão depois ser avaliadas e comparadas pelo júri.¹ Por esse motivo, se não contiverem os atributos exigidos, elas serão excluídas (art. 70.º, n.º 2, alíneas a), b) e c) CCP).
8. Diferentes dos atributos em si, que devem constar em documento próprio, são os documentos necessários para comprovar os diversos elementos constantes daqueles. Assim, se o atributo disser respeito a uma qualidade técnica que o concorrente diz ter, indicando-a nos documentos da proposta, essa qualidade faz parte do atributo. Os documentos que comprovam essa qualidade, já não o fazem. Claro está que se esses documentos não forem apresentados ou apresentarem irregularidades, cai o elemento que visavam demonstrar e, nessa medida, o atributo.
9. Reforce-se que o atributo e documento o comprova não são a mesma realidade. A irregularidade ou falta de cumprimento dos requisitos formais do documento comprovativo não pode ser equiparada à ausência do atributo – o atributo pode estar mencionado, muito embora o requisito formal para a sua materialização num documento possa ter sido incumprido ou deficientemente cumprido.
10. Haverá que distinguir, por isso, entre a total ausência do atributo – caso em que não haverá qualquer possibilidade de suprimento dessa omissão, por falta de um elemento essencial – e a incorreta formalização desse atributo – caso em que o atributo está presente na proposta e a eventual sanção da omissão/incorrecção não

¹ Ver Pedro Costa Gonçalves, Direito dos contratos públicos, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 792-793.

violará os princípios da concorrência ou transparência, pois não implicará uma alteração dos elementos essenciais da proposta.

11. O regime de exclusão é, como se disse, diverso. Só são excluídas as propostas que não contenham atributos nos termos do art. 70.º, n.º 2, alíneas a), b) e c) CCP, mas os documentos, nos termos do art. 72.º, n.º 3, nomeadamente aqueles que se destinem a comprovar factos anteriores à data da apresentação da proposta e candidatura, podem ser supridos, conforme decorre do acórdão do TdC n.º 17/2020-25.MAR – Processo n.º 4201/2019.
12. Só desta forma, aliás, é possível articular o disposto no art. 70.º, n.º 2, al. a) CCP com a possibilidade de suprimento posterior da apresentação de documentos que se limitam a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta ou da candidatura, previsto no art. 72.º, n.º 3 CCP.
13. A própria jurisprudência administrativa tem aceite esta distinção, permitindo a correção de falta de formalidades quando o atributo esteja presente. Veja-se o acórdão do TCA Norte de 19/08/2021, no processo n.º 00785/21.0BEPRT, e os acórdãos do STA de 12/05/2016 (Proc. N.º 236/16) e de 01/10/2015 (Processo n.º 0856/15) nele citados²
14. Visto este enquadramento, passa-se à análise dos elementos do caso *sub judice*. A modalidade estabelecida para a avaliação foi o critério da proposta economicamente mais vantajosa, de carácter multifator, de acordo com os seguintes critérios: a) Preço: 40%; b) Mérito Técnico: 40% c) Competência e Experiência: 20%.
15. Nos termos do art. 10.º, n.º 2, al. a) do programa do concurso, para cada lote a proposta deveria conter, de entre outros documentos:

“o “Documento que contenha os seguintes atributos, descritos segundo o modelo constante do Anexo II:

- i. Preço global da proposta, sem IVA;*
- ii. Preço horário fixo, de cada perfil, sem IVA, incluindo serviços de prevenção;*
- iii. Documento com a indicação dos atributos destinados à avaliação do fator “Mérito Técnico da Proposta” e do fator “Competência e experiência”.*

² In: <http://www.gde.mj.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/76d6892bab3721b98025875700459585?OpenDocument> .

16. No anexo 1 constam os FATORES DE AVALIAÇÃO E RESPECTIVOS COEFICIENTES DE PONDERAÇÃO

17. Por sua vez o Anexo II contém Modelo da proposta para cada lote, nos seguintes termos:

“1. PREÇO

1.1. PREÇO GLOBAL DA PROPOSTA: (indicar por algarismos e extenso) a que acresce o IVA (a indicar por algarismos e extenso)

1.2. PREÇO FIXO HORÁRIO DOS RECURSOS POR CADA PERFIL: (indicar por algarismos e extenso) a que acresce o IVA (a indicar por algarismos e extenso)

1.3. PREÇO FIXO HORÁRIO DO SERVIÇO DE PREVENÇÃO

2. MÉRITO TÉCNICO

2.1 VISÃO DOS SERVIÇOS A PRESTAR

2.2 MÉTODO DE PREPARAÇÃO DA PRESTAÇÃO CONTRATUAL

2.3 ABORDAGEM METODOLÓGICA PARA A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

3. COMPETÊNCIA E EXPERIÊNCIA”.

18. Estes aspetos correspondem aos atributos e têm, todos eles, que constar da proposta de cada concorrente, indicando os elementos a que correspondem a cada um deles. Diferente são os documentos que os sustentam. Eles também têm de constar da proposta, mas não são atributos.

19. Depois de avaliadas e graduadas as propostas, a sociedade *Claranet Talent, S.A. (Claranet)* foi ordenada em 1.º lugar nos lotes 1, 2, 3 e 6 e em 2.º lugar no lote 4. Por sua vez, a *IDW – Consultoria e Serviços de Informação, Lda. (IDW)* ficou classificada em 1.º lugar no lote 4 e no lote 5.

20. Em sede de audiência prévia, a sociedade *Claranet* apresentou pronúncia, nos termos da qual a proposta apresentada pela *IDW* ao lote 4, e que tinha ficado ordenada em 1.º lugar, deveria ser excluída, em virtude desta empresa não apresentar os certificados em português e por existirem certificados sem prazo de validade.

21. O júri veio dar razão à *Claranet*, essencialmente por a *IDW* ter apresentado os certificados em idioma estrangeiro e existirem certificados sem prazo de validade. Aplicou o art. 57.º, n.º 1, alíneas a) e b), assim como o art. 70.º, n.º 2, alínea a) e o art.

- 146.º, n.º 2, alínea o) CCP para os excluir, como decorre da fundamentação apresentada em resposta à pronúncia da *Claranet* para fundamentar a sua exclusão.
22. Notificada de tal relatório, a IDW apresentou pronúncia relativamente à referida exclusão, contestando-a.
 23. Um dos pontos nevrálgicos, já antes aflorados, consiste na confusão que o júri do concurso faz entre os atributos, que devem ser indicados na proposta e são fundamentais para elas serem avaliadas e classificadas e os documentos que comprovam esses elementos. Donde resulta tratar estes últimos como se fossem os primeiros.
 24. Porém, não se pode aplicar aos documentos, *in casu* os certificados, como faz a entidade pública, o regime da falta de atributos.
 25. Aliás, o próprio concorrente IDW apresenta um documento na proposta onde indica e identifica as competências exigidas e junta depois em anexo os certificados que comprovam essas as competências.
 26. Neste caso, trata-se de documentos relativos a capacitações específicas dos operadores relativas a programas informáticos emitidos pelos produtores desses sistemas.
 27. Passemos agora à análise de cada um destes certificados. Eles destinavam-se a atestar as competências dos recursos humanos afetos à prestação dos serviços de carácter informático, nas áreas de CCNO *Routing and Switching* e certificações em fabricantes Cisco. Contudo, diga-se, desde já, que só os primeiros eram de apresentação obrigatória; já não os segundos.
 28. Em qualquer caso, elas foram excluídas por, desde logo, se considerar que os certificados constituíam verdadeiros atributos, e não simples documentos comprovativos daqueles, e que apresentavam irregularidades. Estas consistiam, no que toca ao certificado da CCNO *Routing and Switching*, na sua redação em idioma estrangeiro sem estarem acompanhados de tradução e por não conterem elementos que permitam determinar o termo final da sua validade.
 29. A questão dos documentos em idioma estrangeiro desde que obrigatórios e não acompanhados de tradução, e sua possibilidade de suprimento, será abordada na questão subsequente. De momento, vamos centrar-nos, o que é essencial por razões de precisão analítica, na questão da falta de termo de validade dos certificados. Antes

disso, no entanto, diga-se que só alguns dos certificados diziam respeito a competências com caráter obrigatório; outros diziam respeito a competências de caráter opcional.

30. Quanto aos certificados que atestam competências de caráter opcional, portanto certificados de caráter não obrigatório, é absolutamente óbvio que, mesmo que não observassem os requisitos impostos, nunca poderiam dar lugar à exclusão da proposta. Desde logo, porque se fossem, como são, suscetíveis de suprimento, o júri deveria ter recorrido ao art. 72.º, n.º 3 CCP. E caso não viessem a ser supridas, o júri simplesmente deixaria de incluir essa competência opcional na avaliação. Nada mais. Nem se percebe sequer como o júri agiu de outra forma, a não ser por um desconhecimento evidente do regime aplicável.
31. O lote 5 só teve um concorrente, que foi admitido, a IDW. O júri não teve quaisquer dúvidas. Ele só veio a ser excluído posteriormente na sequência da pronúncia da *Claranet*, que se referia somente ao lote 4. O lote 5 ficou assim deserto. Como a exclusão do concorrente IDW no lote 5 teve como fundamento deficiências – mal, como se verá – apontadas a um certificado (o Linux), que era optativo, está violado o art. 70.º CCP, que evidentemente só se refere a atributos que sejam obrigatórios e não aos opcionais. E, além do mais, não abrange os documentos certificativos, também eles opcionais. O raciocínio, o fundamento e o resultado é o mesmo para as competências de caráter opcional do lote 4.
32. Restam as competências de caráter obrigatório deste último lote (o 4). A entidade pública aponta no Anexo I do cadernos de encargos o perfil e as competências específicas exigidas aos recursos afetos cada lote. Para o lote 4 prevê-se para consultor tecnológico (redes e comunicações) um conjunto de “competências mínimas obrigatórias a comprovar pelo *curriculum vitae* e respetivas certificações”. Para comprovar essa competência em CCNP *Routing and Switching* seria necessário apresentar um certificado.
33. A IDW apresentou esse certificado em anexo à proposta. A entidade pública começou por o aceitar, mas, depois, na sequência da pronúncia da *Claranet*, rejeitou-o por não ter data de termo final de validade. Na perspetiva da entidade pública, esses certificados deveriam ter um prazo de início e de fim de validade, só dessa forma podendo ser aceites.
34. Contudo, nada se diz, nem no caderno de encargos, nem no programa, sobre este aspeto. Ou seja: exigem-se os certificados, que terão evidentemente que ser válidos,

mas nada se dispõe quanto à exigência de uma data de caducidade dessa certificação.

35. Logo, é óbvio que o ente público não poderia vir depois a excluir os certificados, e a proposta, porque eles não reuniam esses requisitos.
36. Poderia, se não fossem válidos. Contudo, eles têm data de início de validade, só não têm data da cessação. Como bem refere a IDW, na sua resposta, a decisão de colocação ou não de uma data de cessação de validade cabe ao emitente dos certificados. E se o emitente não o fez, foi por entender que não era necessário limitar no tempo aquela certificação.
37. Não há, de forma óbvia, qualquer fundamento para excluir as propostas do lote 4, na parte relativa às certificações obrigatórias, com base na exigência de um requisito que não se tinha inicialmente exigido e cuja ausência não torna esse certificado inepto para provar esse requisito, ou seja, esse atributo. Pode mesmo dizer-se que é mais vantajoso ter-se um certificado sem data final de validade, ou por tempo indeterminado, do que um certificado com uma data final de validade, ou seja, um certificado a termo.
38. Todos estes aspetos são claros. A entidade pública quando avaliou e graduou as propostas também os achou claros. Foi só devido a uma aceitação acrítica das teses da concorrente *Claranet* que mudou de posição. E não foi capaz de rebater minimamente na decisão final os argumentos quase todos corretos apresentados pela concorrente IDW, sendo, por isso, a sua fundamentação além de errada, manifestamente insuficiente.

Segunda questão

39. A IDW apresentou certificados em língua inglesa. Dando provimento à pronúncia da *Claranet* em sede de audiência prévia que sustentava a exclusão da IDW do lote 4, onde foi graduada em 1.º lugar, por esta última não ter apresentado os certificados em português, o júri excluiu esta empresa tendo colocado a *Claranet* em primeiro lugar. Após ter sido notificada do relatório, a IGW apresentou pronúncia onde, de entre outros argumentos, sustenta que lhe deveria ter sido solicitada a entrega das traduções dos certificados em português, ao abrigo do art. 72.º, n.º 3 CCP.

Vejamos.

40. A solução adotada pelo legislador português no art. 58.º, n.º 1 CCP foi a de exigir que os documentos que constituam a proposta sejam obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa, com algumas exceções previstas nos números 2 e 3 da mesma disposição, que aqui não se verificam. Na verdade, decorre do art. 10.º n.º 3 do programa do concurso que mesmo os documentos que integrem a proposta nos termos do n.º 3 do artigo 57.º do CCP não podem ser redigidos em língua estrangeira.
41. Não restando dúvidas que os certificados em língua inglesa não respeitam o art. 58.º n.º 1 CCP, a questão que se coloca é a de saber se o concorrente deveria ter sido de imediato excluído, ou se, pelo contrário, deveria ter sido convidado a suprir essa irregularidade.
42. Trata-se de uma questão simplesmente de Direito e será abordada nos seguintes termos. Começará por se ver se da aplicação do princípio da boa fé na vertente da tutela da materialidade subjacente, em articulação com os princípios da igualdade, concorrência, proporcionalidade e boa administração não justifica já, *per se*, uma solução que imponha esse convite ao suprimento **(a)**.

De seguida, ver-se-á se o art. 72.º, n.º 3 CCP não poderia, e deveria, ter sido aplicado nesta sede **(b)**.

Na sua análise, partindo-se da norma de direito administrativo, culminar-se-á com a aplicação dos princípios reitores da Jurisdição financeira, que são decisivos para a sua concretização **(c)**.

a) O princípio da relação colaborativa entre as partes decorrente da boa fé, em articulação com os princípios da igualdade, concorrência, proporcionalidade e da boa administração

43. O princípio da boa fé é estrutural no ordenamento português. Desenvolvido no direito civil, com base no direito romano, foi consagrado de forma inovadora com grande extensão no Código Civil de 1966³. Ele está no cerne das mais importantes construções de direito das obrigações, tanto na fase pré-contratual, na formação dos contratos (art. 227.º do Código Civil), como na própria complexidade das relações obrigacionais (art. 762.º, n.º 2 do Código Civil).

³ Cfr. Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, vols. I e II, Almedina, Coimbra, 1984.

44. Aí desempenha um papel prolífico como fundamento dos deveres laterais, de lealdade, informação e proteção, fundamentais para gerar a adaptabilidade da relação entre as partes, tutelando a materialidade e a confiança entre elas. Permite dessa forma passar-se de uma relação adversarial pura no âmbito das relações contratuais e pré contratuais para uma relação que tem ínsito um elemento de colaboração entre elas.
45. Dito de outra forma: não entre estranhos, mas entre sujeitos *em relação*. Cujas proximidade impõe vínculos, inicialmente assentes só na boa fé, mas, concluído o contrato, também com base na boa fé.
46. Não só, porém. O exercício de posições jurídicas, e não só de posição jurídicas contratuais, é controlado por via do abuso de direito onde a boa fé desempenha um papel essencial.
47. Do direito material passou depois, e com uma especial intensidade, para o direito processual. A nova perspectiva do processo civil, acentuada com o CPC de 2013, marcou uma viragem profunda na conceção da relação processual tanto entre as partes, como no papel do juiz no próprio processo. É-lhe hoje atribuído um papel central na própria correção das peças processuais das partes⁴.
48. Não só uma faculdade, mas um dever. O que se visa, a *ratio*, a teleologia aqui presente, é a ultrapassagem do formalismo para se assegurar a materialidade. O processo como um jogo de xadrez, rígido, estritamente formal com o juiz como simples espetador, há muito que foi ultrapassado. Trata-se de uma relíquia de outros tempos. De uma outra conceção do Direito.
49. A consagração mais extensa do princípio da boa fé, no entanto, operou-se recentemente no Direito Administrativo, tanto no Código do Procedimento Administrativo, como no Código dos Contratos Públicos, que são códigos principiológicos e normativos.
50. De entre eles destaca-se o princípio da boa fé (art. 10.º CPA, art. 1.º-A CCP), que adquiriu aqui as tonalidades e vertentes que constavam já do tratamento dogmático e

⁴ Ver, desenvolvidamente sobre este aspeto, Fernando Silva Pereira, *A responsabilidade probatória das partes no atual modelo processual*, Almedina, Coimbra, 2017.

valorativo decorrente da análise anterior do direito privado. Na verdade, consagram-se expressamente as suas duas vertentes, os dois subprincípios da boa fé, a materialidade e a confiança (art. 10.º, n.º 2 CPA). Eco dessa relação colaborativa por parte da administração é o art. 108.º do CPA, que lhe impõe o dever de convidar o requerente a suprir as deficiências constantes do requerimento, e mesmo, a supri-las oficiosamente (art. 108.º, n.º 2 CPA).

51. Os princípios estão em relação entre eles. A relação colaborativa decorrente da boa fé tem que se articular numa relação de restrição recíproca, quando necessário e na medida em que o seja, com o princípio da concorrência (art. 1.º-A CCP) e da igualdade (art. 6.º CPA e art. 1.º-A CCP). Pelo que os deveres que incidem sobre o ente público neste quadro estão limitados pelas exigências daí resultantes. Por conseguinte, os deveres que daí resultem estão necessariamente limitados pela igualdade entre os concorrentes. O que implica que em circunstâncias idênticas sejam tratados da mesma forma e que as suas propostas sejam integralmente mantidas sem qualquer modificação subsequente de ordem material.
52. Ora, é bem claro que a exigência de documentos que permitam comprovar um facto elencado pelos concorrentes nos seus atributos, se não conduzirem a uma alteração nos termos da proposta apresentada, em nada limitam o princípio da igualdade, nem o da concorrência. Pelo contrário, a exclusão pura e simples nesses termos violaria de forma flagrante o princípio da proporcionalidade (art. 7.º, n.º 1 CPA).
53. O mesmo decorre do princípio da boa administração (art. 5.º CPA). Não há qualquer interesse específico dos entes públicos em sede de contratação pública em excluir propostas pela inobservância de formalidades que possam ser supridas, sem que se viole o princípio da igualdade. Pelo contrário, há todo o *interesse na boa gestão da causa pública* em não serem excluídas propostas que poderiam ser mais favoráveis para o ente público.
54. Na verdade, a exclusão de propostas por motivos simplesmente formais que em nada afetem, nem a estabilidade das propostas, nem a igualdade entre as partes, impedindo que propostas melhores sejam afastadas com manifesto prejuízo do erário público e da qualidade dos serviços prestados não deve, à luz do art. 5.º CPA, ser aceite.
55. Nesse quadro, a simples aplicação do princípio da boa fé, nos termos e com as restrições acabadas de expor, seria suficiente para justificar, sem qualquer dificuldade, o dever de solicitar as traduções dos certificados entregues.

b) O artigo 72.º, n.º 3 do CCP

56. O CCP na revisão de 2017 criou um mecanismo de suprimento das irregularidades das propostas (art. 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”.
57. O primeiro aspeto a sublinhar é que não se trata de uma simples faculdade que é conferida ao júri, mas de um dever que lhe é imposto. O seu facto constitutivo 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.
58. 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 *incumpe um dever legal*.
59. A norma decorre, como se disse, da nova redação dada ao art. 72.º, n.º 3, pela revisão do CCP de 2017, ditada por sua vez pela necessidade de se transpor a Diretiva n.º 2014/24/UE,⁵ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE.
60. Esta diretiva admite com uma grande amplitude o suprimento de propostas com irregularidades, o que não acontecia na Diretiva n.º 2004/18/CE, que revogou. Esse regime está previsto no art. 56.º n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE, nos termos do qual

⁵ Assim como outras 3 diretivas.

se “a informação ou documentação a apresentar pelos operadores económicos for ou parecer incompleta ou incorreta” (i), ou “quando faltarem documentos específicos” (ii), as entidades adjudicantes “podem solicitar aos operadores económicos em causa que apresentem, acrescentem, clarifiquem ou completem a informação ou documentação pertinentes num prazo adequado”, estabelecendo como limite o respeito pelos “princípios da igualdade de tratamento e da transparência”.

61. Permite-se que a legislação nacional possa dispor em contrário. Porém, nada obsta, claro, a que a legislação nacional transforme um poder num dever. É o mais consentâneo com o princípio da igualdade. Verificando-se essas circunstâncias, o ente público tem de agir. A decisão não cabe ao ente público. Tem que o fazer, logo que preenchidos os pressupostos da norma.
62. A esta luz, é clara a intenção normativa do art. 72.º, n.º 3 CCP: pretendeu corporizar essa disposição. Porém, se lhe deu uma maior firmeza, porque transformou um poder num dever, por outro lado, não foi tão longe quanto a diretiva lhe teria permitido ir, uma vez que restringe o suprimento a simples razões formais, afastando as de natureza substantiva.
63. Importa sublinhar que sem se ter em conta, quer o desenvolvimento do direito da União Europeia no âmbito da contratação pública, assente na abertura que a Diretiva n.º 2014/24/UE, ao contrário da - revogada - Diretiva n.º 2004/18/CE, confere ao suprimento das propostas, com irregularidades formais - ou, mais além, mesmo substantivas -, quer a intenção subjacente à revisão do CCP de 2017 de conferir ao direito nacional, em transposição da diretiva, uma abertura semelhante, não se alcança a teleologia da norma.
64. E, dado este enquadramento, não se trata unicamente de uma especialidade nacional. Em Itália, para recorrer a um ordenamento próximo, está prevista uma figura semelhante denominada “soccorso istruttorio”, aplicada, também, no seio da contratação pública³⁴.
65. A razão de ser da solução percebe-se sem dificuldade. A três níveis. Primeiro, consagra e delimita a aplicação do princípio da boa fé, na subvertente da realização da materialidade. Depois, permite a dar corpo à finalidade da contratação pública, que é a da obtenção das melhores propostas, ao melhor preço. Em terceiro lugar, num dos

³⁴ <https://www.filodiritto.com/soccorso-istruttorio-genes-evoluzione-finalita>.

vetores centrais do direito económico europeu em geral, e do direito da contratação pública em particular, a solução visa proteger a posição das PME. Efetivamente, em virtude justamente da sua pequena dimensão económica, que se projeta na escassez de meios organizativos, as PME terão mais dificuldade em apresentar as propostas com o preenchimento de todos os requisitos formais que, sublinhe-se, são muitos. Visto ao contrário: são aquelas que mais facilmente cometerão erros na organização formal do processo. Como se refere no Considerando 84 da Diretiva n.º 2014/24/UE, “as PME, consideram que um dos maiores obstáculos à sua participação nos contratos públicos é a carga administrativa...”.

66. Cabe então analisar neste quadro, onde pontifica a necessidade de interpretar de acordo com a Diretiva, o seu conteúdo.
67. Em primeiro lugar, não se incluem as irregularidades materiais ou orgânicas, mas só as formalidades, e, no seio delas, somente aquelas não essenciais⁷. A lei recorre depois a uma exemplificação dessas formalidades não essenciais. A técnica utilizada consiste numa cláusula geral seguida de uma enumeração não taxativa de um caso que cabe naquela, mas não a esgota⁸. Todavia, essa exemplificação, de que já trataremos, tem a virtualidade de, ao densificar a cláusula geral, conferir uma maior segurança para a sua concretização a hipóteses não previstas na exemplificação.
68. E ao mesmo tempo permite qualificar expressamente o caso abrangido como sendo uma formalidade não essencial, para, a seu propósito, afastar quaisquer dúvidas. Nesses termos, pois, a “apresentação de documentos que se limitam a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta ou da candidatura” são consideradas formalidades e, dentro delas, não essenciais.
69. São formalidades essenciais, como aponta a doutrina, de entre outras, as que se traduzam, na entrega de propostas sem assinatura de tal forma que não se possa identificar o seu autor, ou aquelas em que o seu suprimento possa ter repercussão no conteúdo da proposta⁹. O que bem se compreende. Sem se saber quem é o autor, nem sequer se poderá falar numa proposta. Por outro lado, é claro que o recurso a este mecanismo não permite qualquer alteração da proposta. O que redundaria numa

Cfr. P. Costa Gonçalves, *Direito dos contratos públicos*, cit., p. 842.

* Para esta técnica, ver J. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, pp. 115, ss..

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

desigualdade de tratamento relativamente aos outros concorrentes, que a lei, em termos idênticos à Diretiva, impede.

70. Consagração de exigências decorrentes do princípio da boa fé da boa administração e da proporcionalidade, o regime em si não é complexo, e integra-se de forma harmónica, como se referiu, nas coordenadas valorativas do ordenamento, globalmente considerado.
71. As dúvidas que têm surgido a este propósito decorrem de um posicionamento doutrinário, com reflexos depois na jurisprudência, incorreto. E que conduz na verdade a uma aniquilação por via interpretativa da norma. O que não é de todo aceitável. Uma coisa é discordar-se da solução legislativa; outra, é afastá-la por via interpretativa.
72. Exatamente, porque tem reflexos em termos jurisprudenciais uma vez que foi esta posição a que foi seguida por este Tribunal no Acórdão n.º 4/2022 – Plenário da 1.ª Secção, de 25/01/2022, que, revogando o Acórdão n.º 23/2021 – Subsecção da 1.ª Secção, de 06/10/2021, entendeu não ser possível a aplicação do art.º 72.º, n.º 3 a uma formalidade considerada essencial que não possa ser degradada em formalidade não essencial, ela exige uma análise mais detalhada.
73. Na essência, sustenta-se que o legislador pretendeu por esta via consagrar a teoria das formalidades essenciais prevista no direito administrativo, e que, por esse motivo, a norma seria na sua primeira parte inaplicável. Entende-se também que a norma viola o Direito da União Europeia, tendo por esse motivo que se fazer uma interpretação *duplamente* restritiva. Em rigor, o resultado que se propugna consiste numa interpretação abrogante parcial da norma com base em pressupostos que não são exatos.
74. À primeira vista, na verdade, poderia pensar-se que a norma consagra a doutrina das formalidades essenciais, que permitiria degradar uma formalidade, cuja finalidade tenha sido alcançada de uma outra forma, em irregularidade. Contudo, não é assim. Efetivamente, se se puder aplicar a teoria das formalidades não essenciais, e se a finalidade prevista tiver sido alcançada de outra forma, não se colocaria, sequer, já a questão do seu suprimento. Todavia, não é do que aqui se trata. *Aquilo que a norma*

* Ver Pedro Fernandez Sanchez, *Direito da contratação pública*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 197, ss..

*visa é fixar um quadro de suprimimento de formalidades não essenciais que possam e careçam de ser supridas*¹¹.

75. Efetivamente, o campo de aplicação do preceito em análise são as formalidades que, não sendo essenciais, têm ainda assim de ser cumpridas (carecendo de suprimimento). Como bem refere Pedro Costa Gonçalves,¹² “o propósito do artigo 72.º, n.º 3, consiste em enquadrar um fenómeno de regularização de uma proposta num contexto radicalmente diferente daquele que está pressuposto na teoria das formalidades não essenciais”.
76. De outra forma está a confundir-se planos que são diversos. E, na verdade, está a afastar-se, com base numa categoria dogmática do direito administrativo que não está aqui prevista, o mecanismo de regularização de propostas, que a diretiva prevê, e que o legislador português em sua transposição instituiu, com base numa categoria dogmática do direito administrativo que não está aqui prevista.
77. E, por essa razão, o conceito de formalidades essenciais no quadro do art. 72.º, n.º 3 CCP tem que se interpretado no seio e para os efeitos de um instrumento de suprimimento de irregularidades de propostas.
78. Há formalidades que não são essenciais para este efeito (ou seja, nos termos e no âmbito desta norma), e que podem ser supridas, conforme se viu nos casos *supra* referidos. É o que se verifica com os documentos não traduzidos. A formalidade não é essencial porque pode ser suprida sem que se atinja o princípio da igualdade e da concorrência. O mesmo sucede se estiver em causa uma simples assinatura num dos documentos que integram a proposta, que se mantém identificada. Como é possível que ela seja realizada posteriormente, desde que evidentemente a proposta em si, o documento a que diz respeito, não sofra alterações, podendo esse facto ser comprovado.
79. Quanto ao argumento decorrente do Direito da União Europeia que exigiria a referida, *dupla*, interpretação restritiva¹³ (em rigor, *mais uma vez*, parcialmente, abrogante, porque o intérprete ao querer transformar um dever numa simples faculdade está já fora do campo da interpretação extensiva, que exige sempre esse mínimo apoio na

¹¹ Como sublinha P. Costa Gonçalves, *Direito dos contratos públicos*, cit., p. 841.

¹² *Direito dos Contratos Públicos*, cit., p. 842.

¹³ Propugnada por P. Fernandez Sanchez, *Direito da contratação pública*, vol. II, cit., p. 213.

letra da lei – art. 9.º, n.º 2) ele não se compagina com o art. 58.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2014/24/UE, que visa diretamente permitir, de forma ampla, esse suprimento. Na verdade, conforme se referiu, é justamente uma interpretação conforme à Diretiva que impõe, justamente, a *solução contrária* à propugnada. Acresce que se recorre em apoio desta interpretação a acórdãos do TJ que tiveram por base a anterior diretiva, diploma que, conforme se apontou, não consagrava esta figura de saneamento de propostas. Além do que a análise da jurisprudência, em particular do TJ exige sempre a análise cuidada do caso e do ordenamento jurídico nacional em apreço¹⁴.

80. Insiste-se: foi clara intenção do legislador europeu permitir uma maior flexibilidade na correção e suprimento de formalidades, sujeitando-as expressamente a apenas dois limites: os princípios da igualdade de tratamento e da transparência.
81. Esta maior abertura da legislação europeia veio a ter consagração no nosso ordenamento interno precisamente no novo n.º 3 do art.º 72.º do CCP, norma esta que, por isso, não pode ser interpretada de forma restritiva como sendo uma mera consagração da teoria das formalidades não essenciais. Na verdade, uma interpretação verdadeiramente abrogante da norma porque a inutiliza de todo e recorre a uma construção dogmática que ela manifestamente não consagrou.
82. Tudo visto, e voltando ao caso vertente, não restam dúvidas que estamos perante uma formalidade não essencial passível de ser suprida sem que dessa forma se atinja quer o princípio da concorrência quer o da igualdade. Colocando as coisas de uma forma clara: a entrega de um certificado em inglês não pode ser suprida pela entrega do mesmo certificado agora traduzido em português, com exatamente o mesmo conteúdo. Língua que, sendo inglês, para mais, o júri seguramente domina?

c) A jurisdição financeira

83. De todo o modo, qualquer que fosse o resultado interpretativo a que se chegasse em sede de direito administrativo, o que relevaria aqui, efetivamente, é a perspetiva da jurisdição financeira, que é dotada de um mandato constitucional e uma teleologia específicas. A tutela do erário pública, dos dinheiros públicos.

¹⁴ Aspeto para que P. Costa Gonçalves (*Direito da contratação pública*, cit., pp. 846-847) alerta.

84. No seu seio, tem, pois, um relevo marcante as consequências financeiras do ato no que tange à realização da despesa pública. Esta perspetiva financeira assume por essa razão um carácter marcadamente substancialista, atenta ao resultado material financeiro. Nada mais afastado de uma jurisdição financeira, do que uma visão arreigadamente formalista; o desperdício de dinheiros públicos, pela aplicação acrítica da forma. Essa é a sua especificidade. É o que está no núcleo do seu sistema normativo-axiológico, o núcleo de interesses que visa tutelar, e distingue de outras jurisdições com outras finalidades, outra axiologia, outros princípios estruturantes.
85. Donde decorre que a aplicação de outras normas, sejam de Direito Administrativo, sejam de Direito Bancário, sejam de Direito Contratual Privado, sejam de Direito Financeiro em sentido estrito, se tem que fazer sempre no quadro desse sistema.
86. Ora, a jurisprudência do TdC tem disso particularmente esclarecedora nesta matéria. Assim: o 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”; o 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”; o 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.”; o 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.”
87. Não que tenha tratado de um caso idêntico, que se poderia alargar a esta situação. Mas pelos princípios valorativos que se retiram dos diversos acórdãos que decidiram estrutural e substancialmente situações próximas. Trata-se de retirar um princípio por

que parte das valorações ínsitas nas decisões do TdC relativos a casos próximos, ou seja, um princípio reitor este propósito.

88. E é dessa forma que têm sido formados os diversos princípios estruturantes da jurisdição financeira modelados judicialmente e que compõem, juntamente com as normas, e os princípios, estes legais, aí ínsitos, o seu sistema.
89. Há que ponderar o caso e a aplicação da norma à luz destes princípios. Essencial é que sejam obtidos bens e serviços que, sendo idênticos em termos de qualidade, sejam menos onerosos para o erário público. Esta vertente nunca pode ser desconsiderada. Não há espaço no direito financeiro (assim como nos outros, aliás), para formalismos estéreis que levem em termos de resultado material a um gasto desnecessário de dinheiros públicos no altar do conceitualismo formal sem que nenhum interesse material de outra natureza - e que tivesse, para além do mais, uma importância de maior relevo - fosse efetivamente alcançado.
90. A proposta da IDW foi graduada em primeiro lugar apresentando um preço de 117.448,00€. A da Claranet foi graduada em segundo lugar com o preço de 155.840,00€. Há uma diferença de 38.392€ entre elas. Não é, não seria nunca, aceitável, que na verdade se fossem pagar mais 38.992€ de dinheiro público pelo mesmo serviço, porque, tudo somado, não se considera admissível que o ente público peça uma tradução autenticada em português de um certificado que lhe foi entregue em inglês.
91. É evidente que o resultado, à luz dos princípios estruturantes da administração e contratação pública, da correta interpretação do art. 72.º, n.º 3 CCP, enformada pelo sistema dos princípios da jurisdição financeira, só pode ser o inverso.

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

92. 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.
93. Foi violado o art. 70.º, n.º 2, alínea a) e o art. 72.º, n.º 3 do CCP, donde resultou a exclusão do concorrente que tinha apresentado a melhor proposta em termos financeiros, tendo por isso sido alterado o resultado financeiro do contrato. Logo, está preenchido o art. 44.º, n.º 3, alínea c) da LOPTC.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- **Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;**
- São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).

- Registe e notifique.

Lisboa, 15 de fevereiro de 2022

Os Juízes Conselheiros,

Miguel Pestana de Vasconcelos – Relator

Participou por videoconferência e assina digitalmente o acórdão.

Alziro Antunes Cardoso

Participou por videoconferência e votou favoravelmente o acórdão.

Sofia Mesquita David

Participou por videoconferência e votou vencida.

Voto vencida, não acompanhando o sentido decisório e a fundamentação do Acórdão:(1) quando pressupõe na solução dada ao processo que relativamente ao lote 4 se discutiam apenas aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência; (2) quando considera aplicável o art.º 72.º, n.º 3, do Código de Contratos Públicos (CCP), para efeitos de suprimento dos certificados que não ostentavam o prazo de validade; (3) quando considera aplicável o art.º 72.º, n.º 3, do CCP, para efeitos de suprimento, relativamente ao lote 4, da falta de tradução da “*Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching*” e das certificações técnicas adicionais “*em fabricante Cisco (além de CCNP)*” e “*em produto Fortigate*”; (4) quando não considera a autonomia entre a decisão do júri de exclusão da IDW tomada no lote 4 face à do lote 5.

(1) Com o devido respeito pela posição contrária, que fez vencimento neste Acórdão, não acompanho a fundamentação do mesmo quando não evidencia relativamente ao lote 4 os documentos irregulares e não traduzidos que eram comprovativos de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, face aos demais. Na minha ótica, esta evidenciação e distinção era relevante, pois a impossibilidade de suprimento da falha relacionada com a tradução de documentos comprovativos de aspetos da execução do

contrato não submetidos à concorrência implicava necessariamente a exclusão da proposta da IDW.

Decorre da matéria factual dada por provada que a adjudicação se fazia pelo critério da proposta economicamente mais vantajosa, aferido pelo “Preço”, “Mérito Técnico” e “Competência e Experiência” – cf. art.º 7.º, n.º1, Anexos I e II do Programa de Concurso (PC), e Anexo I ao Caderno de Encargos (CE).

Relativamente ao lote 4, era um atributo da proposta a afetação de um “recurso” com o “perfil” de “Consultor Tecnológico (Redes e Comunicações)”, com “competências mínimas obrigatórias”, entre outras, de “Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching”, circunstância a atestar pela anexação obrigatória à proposta do “Curriculum vitae” *não nominativo dos recursos a afetar à execução do contrato e documentos comprovativos da formação e das certificações* - cf. Anexo II ao PC e ponto 2.4, c), 1. do Anexo I ao CE e art.º 57.º, n.ºs 1, als. b) e c), do CCP. Ainda relativamente ao lote 4, era um atributo optativo – não obrigatório - da proposta, a circunstância do indicado “Consultor Tecnológico (Redes e Comunicações)” deter, nomeadamente, “competências opcionais a comprovar pelo “curriculum vitae” e respetivas certificações ou comprovativos de formação: i. Certificações em fabricante Cisco (além de CCNP); ii. Certificações em produto Fortigate” - cf. Anexo II ao PC e ponto 2.4, c), 2. do Anexo I ao CE.

No que se refere ao Lote 5, era um atributo da proposta, também não obrigatório ou optativo, a afetação de um “recurso” com o “perfil” de “Consultor Tecnológico (Sistemas Operativos)” que detivesse *competências opcionais (...) em Certificação em Oracle Linux 6 Certified Implementation Specialist* “.

Quer para o lote 4, quer para o lote 5, a avaliação do factor “Competência e Experiência” fazia-se atendendo ao número de competências opcionais apresentadas nas propostas, para cada lote – cf. art.º 7.º, n.º 1, Anexos I e II do PC, e Anexo I ao CE.

No art.º 10.º n.º 1, al. b), iii), do PC, determinava-se que a proposta fosse constituída, para cada lote “sob pena de exclusão” do “documento que contenha os seguintes atributos, descritos segundo o modelo constante do Anexo II” “...com a indicação dos atributos destinados à avaliação (...) do fator “Competência e Experiência”. Por seu turno, no art.º 10.º, n.º 3, do PC, determinava-se que “Os documentos que integrem a proposta nos termos do n.º 3 do artigo 57.º do CCP não podem ser redigidos em língua estrangeira”.

Assim, quer para o lote 4 quer para o lote 5, exigia-se um nível mínimo de competência e experiência naquele tipo de prestação, que se considerava preenchido com a indicação na proposta da afetação de um recurso com um dado (e abstrato) “perfil” técnico de “Consultor Tecnológico”. No caso do lote 4, o recurso a afetar tinha ainda de deter certas competências mínimas obrigatórias, nomeadamente em “Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching”. Para além disso, tal recurso podia ser acrescido de outras competências opcionais, nomeadamente em “em fabricante Cisco (além de CCNP)” e em “em produto Fortigate”. No

caso do lote 5, para além do indicado perfil técnico de “*Consultor Tecnológico*”, não existiam mais competências técnicas obrigatórias, sendo todas as demais opcionais.

Em todos os casos, a garantia ou comprovação do preenchimento das competências técnicas das propostas fazia-se, por expressa determinação das peças do procedimento, através da anexação obrigatória à proposta do “*Curriculum vitae*” *não nominativo dos recursos a afetar à execução do contrato e documentos comprovativos da formação e das certificações*”, sob pena da respetiva exclusão. Estes documentos integravam-se na proposta, fazendo parte da mesma. Também em todos os casos, estamos a falar da comprovação dos atributos da proposta.

Neste enquadramento, a IDW foi excluída do lote 4 porque apresentou relativamente à certificação técnica da competência obrigatória “*CCNP Routing and Switching*”, do “*recurso*” com o “*perfil*” de “*Consultor Tecnológico (Redes e Comunicações)*”, um documento em língua estrangeira, sem tradução e que não tinha prazo de validade. Igualmente, a IDW foi excluída do lote 4 porque apresentou um certificado em língua estrangeira, sem tradução e sem prazo de validade relativamente à competência técnica adicional “*em fabricante Cisco (além de CCNP)*” e um certificado em língua estrangeira, sem tradução relativamente à certificação técnica adicional “*em produto Fortigate*”.

A IDW foi excluída do lote 5 porque a competência técnica adicional, relativa à competência “*LINUX CF 338*”, estava suportada num certificado apresentado em língua estrangeira e sem tradução.

Não foi junta a estes autos de fiscalização prévia a proposta da IDW e os documentos que a integram. Sem embargo, decorre da posição assumida neste processo pela Entidade fiscalizada que os indicados documentos estão totalmente escritos em inglês. De referir, igualmente, que tendo sido invocado em sede de audiência prévia pela IDW que a empresa colocada em 1.º lugar no concurso ao lote 4, a Claranet Talent, SA, havia apresentado a sua proposta com várias dizeres e escritos em inglês, foi decidido pelo júri do concurso, que essas declarações constituíam “*expressões isoladas em inglês, comuns na área das tecnologias de informação e comunicação sem relevância para a avaliação.*” (cf. 2.º Relatório do júri indicado nos factos provados em 2.20). Consta, ainda, do presente processo, a proposta da Claranet, que integra os referidos certificados, acompanhados de uma tradução para português (factos que incluiria na matéria factual dada por assente, por estarem documentalmente provados). Ou seja, a partir dos factos trazidos ao processo de visto resulta com alguma segurança que a proposta da IDW foi apresentada totalmente escrita em inglês relativamente aos indicados certificados.

Logo, neste enquadramento factual e normativo, importava distinguir no lote 4, que o atributo da proposta relativo à afetação de um “*recurso*” com o “*perfil*” de “*Consultor Tecnológico (Redes e Comunicações)*”, com “*competências mínimas obrigatórias*” entre outras, de “*Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching*”, que era um atributo não submetido à

concorrência, porque constituía um requisito mínimo, obrigatório. Esse atributo distinguia-se dos restantes, que ora se discutem, que são optativos ou não obrigatórios, que relevavam para efeitos da avaliação do factor “*Competência e Experiência*”. Só estes últimos eram atributos submetido à concorrência.

Desta forma, no que se refere ao primeiro atributo indicado, sendo um atributo da proposta que tinha necessariamente que ocorrer, não submetido à concorrência, a respectiva falha na sua demonstração (documental) implicaria a exclusão do candidato. Já no que se refere aos restantes atributos – os submetidos à concorrência – a respectiva falha na sua demonstração (documental) não poderia levar a essa exclusão, mas teria apenas reflexos na avaliação das propostas (que seriam pontuadas em “o” valores, quando avaliado o número de competências adicionais).

(2) Igualmente, não acompanho o Acórdão que obteve vencimento quando considera aplicável o art.º 72.º, n.º 3, do CCP, para efeitos de suprimento dos certificados que não ostentavam o prazo de validade. Na nossa ótica, quanto a este aspeto, não existia aqui nenhuma irregularidade que devesse ser a suprida, podendo apenas ocorrer um esclarecimento nos termos do art.º 72.º, n.º 2, do CCP.

As normas concursais não exigiam que as certificações técnicas ostentassem um prazo de validade. Nessa matéria, as peças concursais são omissas. Tal obrigação também não decorre da lei. Logo, a referida exigência foi introduzida pela Entidade fiscalizada já em fase final da avaliação das propostas, sem estar suportada numa base legal – na lei ou nas normas do concurso. Consequentemente, a decisão tomada pelo júri do concurso, de exclusão dos concorrentes, fundada na falta da indicação dos prazos de validade das certificações, é uma decisão ilegal. Ou seja, foi ilegal a exclusão da proposta da IDW, para o lote 4, na parte em que a mesma se funda na não ostentação das referidas certificações. Mas, como a proposta da IDW, para o lote 4, tinha sempre de excluída, por não terem sido entregues os documentos traduzidos e comprovativos de aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência, a ilegalidade que se refere acaba por irrelevar, ou por não ter quaisquer repercussões financeiras.

Seja como for, tratando-se de uma informação que não era não exigida pelas peças concursais, não ocorria aqui nenhuma irregularidade da proposta que justificasse o recurso ao preceituado no art.º 72.º, n.º 3, do CCP. Nestes termos, suscitando-se dúvidas acerca de tais prazos, apenas cumpria à Entidade Adjudicante lançar mão do preceituado nos n.ºs 1 e 2 deste art.º 72.º do CCP, pedindo à IDW os esclarecimentos necessários, que passariam a integrar a proposta da IDW. Para além disso, não deveria lançar mão ao preceituado no art.º 72.º, n.º 3, do CCP, pois não existia nenhuma irregularidade da proposta, que devesse ser suprida, nem poderia a Entidade fiscalizada excluir a proposta da IDW por esta mesma razão.

(3) Também não acompanho a fundamentação do Acórdão que obteve vencimento quando relativamente ao lote 4 considera aplicável o art.º 72.º, n.º 3, do CCP, para efeitos de suprimento da falta de tradução dos vários certificados.

Remeto aqui para o regime supra mencionado e que resulta dos art.ºs 7.º, n.º 1, 10.º n.ºs 1, al. b), iii), 3, Anexos I e II do PC, ponto 2.4, c), 1., 2. do Anexo I ao CE, a conjugar com os art.ºs 57.º, n.ºs 1, als. b) e c), 3, 58.º, 70.º, n.º 2, al a), do CCP.

Relativamente ao lote 4, era um atributo da proposta não submetido à concorrência a afetação de um “recurso” com o “perfil” de “Consultor Tecnológico (Redes e Comunicações)”, com “competências mínimas obrigatórias” entre outras, de “Certificação técnica de: CCNP Routing and Switching - cf. Anexo II ao PC e ponto 2.4, c), 1. do Anexo I ao CE e art.º 57.º, n.ºs 1, als. b) e c), do CCP. Tratava-se de um requisito mínimo técnico, uma competência que a Entidade contratante pretendia que os concorrentes se vinculassem.

Nos termos das peças concursais, esse atributo teria de ser comprovado através da entrega dos supra mencionados documentos, obrigatoriamente apresentados em português, ou, se apresentados em língua estrangeira, devidamente acompanhadas da devida tradução.

A IDW não fez acompanhar a sua proposta da tradução de tais documentos.

Da mesma forma, as restantes competência requeridas em termos opcionais, a saber, as certificações “em fabricante Cisco (além de CCNP)” e “em produto Fortigate” eram, igualmente, atributos da proposta. Eram, contudo, atributos submetidos à concorrência, pois eram a base factual para a aplicação do critério da adjudicação no fator “Competência e Experiência”. Tais atributos teriam de ser comprovados através da entrega dos correspondentes certificados, em português ou devidamente traduzidos.

Em todas estas situações, não estão em causa meras comprovações de habilitações técnicas, mas estão em causa, sim, comprovações de elementos relativos às competências ou especificações técnicas que se querem obrigatoriamente incluídas na prestação de serviço, ou de outras que se indicam como opcionais e que fundam o critério de adjudicação. São elementos essenciais à própria construção da proposta e para apreciação da sua valia técnica, que se confundem com a mesma. Sem a comprovação exigida não fica atestado o preenchimento das condições técnicas impostas como mínimas pela Entidade contratante, ou as que são submetidas à concorrência no fator “Competência e Experiência”. Os referidas certificações foram, por isso, configuradas nas peças concursais como fazendo parte da proposta ou dos elementos obrigatórios da proposta, sendo que a não junção dessas comprovações foi sancionada com a exclusão da respectiva proposta.

No art.º 10.º n.º 1, al. b), iii), do PC, afirma-se expressamente que se está frente a um “documento que contenha os (...) atributos, descritos segundo o modelo constante do Anexo II” . No art.º 10.º, n.º 3, do PC determina-se que “Os documentos que integrem a proposta nos termos do n.º 3 do artigo 57.º do CCP não podem ser redigidos em língua estrangeira”.

Portanto, no caso em apreço, a apresentação destas certificações devidamente traduzidas é configurada pelas normas concursais como uma formalidade obrigatória, essencial. O mesmo ocorre na configuração legal, designadamente no art.º 57.º, n.º 3, do CCP.

Os indicados documentos cumprem, ainda, uma formalidade relevante ou essencial, a saber, a comprovação dos requisitos técnicos da prestação, que se configuram como obrigatórios ou mínimos e os que serão alvo da escolha da melhor proposta, por aplicação dos critérios de adjudicação no fator “*Competência e Experiência*”.

Tal como estão configuradas pelo bloco legal, estas certificações tinham, também, necessariamente, de ser apresentadas com a proposta e não podiam vir a ser apresentadas num momento posterior, depois de já se ter conhecimento das demais propostas, sob pena de se ofender o princípio da estabilidade das normas concursais. A entrega de documentos em língua estrangeira - quando tal não é admitido pelas normas concursais - implica, necessariamente, que a compreensibilidade ou a intangibilidade do documento fique comprometida, pois não é exigível ao júri do concurso que domine línguas estrangeiras, cujo uso ficou expressamente afastado. Pretendendo as normas em causa que as propostas - em toda a sua extensão - sejam apresentadas até um momento preciso e que todas as propostas sejam conhecidas num mesmo momento, assim como, que o júri as possa apreciar em simultâneo, na sua integralidade, formalmente, nesse primeiro momento - para salvaguardar a igualdade, a transparência e a concorrência - o fim das normas não fica garantido com a entrega de alguns documentos relativos aos atributos das propostas num momento ulterior, em que já se conhecem as demais.

De notar, neste circunspecto, que estamos a falar de documentos que comprovavam certificações não nominativas dos recursos humanos a afetar à execução do contrato, portanto, de competências de uma equipa abstratamente disponível, cuja apresentação em momento posterior, já depois do candidato conhecer o teor das demais propostas, poderia pôr em causa os princípios da igualdade e da concorrência, pois não ficava certo que as competências a comprovar pelos documentos em falta seriam necessariamente as mesmas que se estariam comprovadas *ab initio*. Dito de outra forma, no caso, não se estará a comprovar factos ou qualidades necessária e obrigatoriamente existentes à data da apresentação da proposta da candidatura, por os documentos em causa serem documentos nominativos e as competências a comprovar existirem em data anterior num dado trabalhador da empresa concorrente, nominativamente indicado. Diferentemente, está-se a comprovar competências abstratamente existentes e disponíveis pelo todo do corpo técnico da empresa concorrente. A tal equipa abstratamente existente e que poderá, também abstratamente, ficar alocada à execução do contrato. Se acaso se permitisse a entrega em momento posterior dos referidos documentos traduzidos - valendo apenas essa nova tradução - não ficava salvaguardado que a IDW só pudesse indicar nesses novos documentos as mesmas certificações que constavam dos documentos entregues em língua estrangeira. Em teoria,

porque só o constante nos novos documentos traduzidos é que valeria para efeitos do concurso, se a IDW acrescentasse aí outras certificações aos seus técnicos, poderia até vir a ser melhor graduada nas competências requeridas opcionalmente.

Em suma, para nós, está-se aqui frente a formalidades essenciais, que não cabem no âmbito do art.º 72.º, n.º 3, do CCP e que também não se podem degradar em não essenciais. Portanto, na nossa ótica, não há aqui que invocar o art.º 72.º, n.º 3, do CCP, que remete para a regime de regularização e/ou de suprimento de meras irregularidades de forma ou de modo de apresentação da proposta, que constituam formalidades não essenciais. No âmbito do n.º 3 deste preceito não cabem irregularidades de forma que se reconduzam, identicamente, a irregularidades materiais ou substanciais, *maxime* as que sejam fundamento legal de exclusão das propostas, como ocorre no caso ora em apreço. Tal como se refere no próprio art.º 72.º, n.º 3, do CCP, no âmbito desta norma só cabem as formalidades não essenciais. Assim sendo, a indicação constante do preceito, relativa a “*documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta ou candidatura*”, remete para documentos que não sejam formalidades essenciais, tais como são os relacionados com a comprovação de atributos da proposta, remete *v.g.* para documentos de habilitação ou para outros documentos entregues opcionalmente e sem reflexos diretos na avaliação das propostas. Aliás, a qualidade de formalidade essencial relativamente aos documentos em discussão neste processo, acaba por ser admitida no Acórdão que obteve vencimento, designadamente nos seus pontos 8., *in fine*, 18, 27., ou 67.

Está-se aqui numa situação paralela à tratada no Ac. deste TdC n.º 4/2022, 1.º S-P, de 25/01/2022, para onde se remete. No mais, como já se indicou no Ac. do TdC n.º 4/2022, 1.º S-P, de 25/01/2022, de que fomos relatora, só em situações limite, de clara violação ao princípio da proporcionalidade, se pode afastar a eficácia invalidante da preterição de uma formalidade essencial como a que discute neste processo. No caso, não ocorre tal situação limite. Das normas concursais resultava de forma expressa e com toda a evidência que os documentos em apreço visavam comprovar atributos da proposta e que tinha de ser entregues pelos concorrentes junto com a sua proposta, sob pena da mesma ser excluída ou desses atributos não ficarem comprovados.

Os documentos entregues pela IDW estavam totalmente em inglês, pelo que à contrário da proposta da Claranet, relativamente à qual o júri entendeu que continha apenas “*expressões isoladas em inglês, comuns na área das tecnologias de informação e comunicação sem relevância para a avaliação*”, não foi aproveitada.

Estamos, pois, frente a situações em que o princípio da proporcionalidade, nas suas sub-vertentes da necessidade (ou exigibilidade), adequação e racionalidade (ou proporcionalidade em sentido estrito), não fica beliscado, pois as partes tinham de ter por certo que as regras concursais - e legais - as vinculavam nesse termos, que eram as regras a aplicar pelo júri do concurso, pois só assim se garantia os princípios da igualdade e da

concorrência. Igualmente, na situação em apreço, a finalidade que se pretendia alcançar com a entrega de tais documentos devidamente traduzidos, logo com a proposta, não ficava atingida se esses documentos viessem a ser entregues após o conhecimento das demais propostas.

Ou seja, na situação *sub judice*, há que entender que a IDW apresentou uma proposta com alguns documentos relativos à afetação de recursos com “*perfil*” técnico de “*Consultor Tecnológico*”, escritos em língua estrangeira e não traduzidos. Mais se deve entender, que a obrigação da apresentação dessa tradução, logo com a proposta, constitui uma formalidade essencial, que não é passível de suprimento num momento ulterior, designadamente nos termos do art.º 72.º, n.º 3, do CCP. Assim, porque a IDW não apresentou a sua proposta, nessa parte, escrita em português, ou não apresentou a devida tradução, tinha a mesma de ser, efetivamente, excluída. Nessa parte, a conduta do júri do concurso foi, pois, correta.

Por seu turno, essa exclusão – necessária – da IDW relativamente ao lote 4, prejudica, também necessariamente, a apreciação da legalidade da conduta do júri relativamente à exclusão daquela mesma proposta por falta de comprovação e/ou tradução das certificações técnicas opcionais.

Em conclusão, na nossa ótica, não existe aqui fundamento para negar o visto ao contrato abrangido pelo lote 4, pois foi correta a decisão do júri do concurso de excluir a proposta da IDW com fundamento na falta de tradução da certificação da competência em “*CCNP Routing and Switching*”.

(4) No que diz respeito ao lote 5, o júri excluiu a proposta da IDW com fundamento na falta de tradução dos certificados relativos às competências técnicas adicionais em “*LINUX CF 338*”. Ao assim fazer, o júri do concurso errou. Portanto, acompanhamos o Acórdão que obteve vencimento quando assim também julgou.

Porém, como já dissemos, as referidas competências, tal como resulta do modelo de avaliação, não eram obrigatórias, mas opcionais. Logo, a falha da IDW não podia implicar a exclusão da correspondente proposta, mas apenas devia implicar o não preenchimento dos requisitos técnicos respetivos, a não contabilização dessas competências opcionais, quando aplicado o modelo de avaliação das propostas.

Acontece, que estamos frente um concurso por lotes, que apesar de terem por base um mesmo procedimento, gozam de alguma autonomia, designadamente ao nível da contratação final – cf. art.ºs 46.º-A e 73.º do CCP. Logo, esta ilegalidade cometida relativamente ao lote 5 não contamina a decisão de adjudicação tomada em relação ao lote 4, que deve subsistir mantendo-se, também como válida a consequente contratação à empresa Claranet.

Mais se assinala, que sendo certo que a exclusão da IDW relativamente ao lote 5 implicou a deserção deste lote, é também certo que não foi apresentado a visto qualquer contrato relativamente ao lote 5, pois este lote ficou deserto.

Assim, ainda que em abstrato, no caso do lote 5, a ilegalidade decorrente da exclusão da IDW pudesse implicar uma alteração ao resultado financeiro do contrato que viesse a ser celebrado, que seria fundamento de recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c), da LOPTC, a verdade é que tal contrato não foi celebrado. Tal bastaria para arredar a discussão acerca da recusa de visto relativamente a um contrato – inexistente – para o lote 5. No demais, como já dissemos, estava em causa uma contratação por lotes, onde as ilegalidades de um lote não contaminaram a legalidade da contratação celebrada ao abrigo de um lote diferente, o lote 4.

Em suma, pelas razões acima aduzidas, não acompanho a decisão que fez vencimento, nos seus fundamentos e sentido e, se viesse a ser feita a demonstração financeira referida na al. f) da conclusão 9. do 2.º Relatório da UAT, de 17/03/2022, concederia o visto ao contrato sujeito a fiscalização prévia.

Lisboa, 15/03/2022.