



DECISÃO N.º

16

2023-FP/SRMTC

Data: 17/02/2023

Processo de F. P. n.º 119/2022

Relator: Juiz Cons.º Paulo H. Pereira Gouveia



Processo de fiscalização prévia n.º 119/2022

*Decisão n.º 16/2023-FP/SRMTC*

## I – INTRODUÇÃO

Vem submetido pela *EEM-Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A.* à fiscalização prévia do Tribunal de Contas:

- O contrato para a instalação e integração de sistema de armazenamento de energia com baterias no sistema elétrico da ilha do Porto Santo, celebrado em 16 de novembro de 2022 entre a *EEM-Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A.* e a *Hitachi Energy Portugal, S.A.* pelo preço de 12 906 315,35€ (s/IVA).

As alegações produzidas pela entidade requerente constam do presente processo.

\*

Nada impede o conhecimento do objeto deste processo.

\*

## II – FUNDAMENTOS

### II.1 – FUNDAMENTOS DE FACTO: os factos apurados

1) A abertura do procedimento destinado à contratação em apreço ocorreu por avisos publicados no Diário da República, II Série, n.º 4, de 6 de janeiro de 2022, e no Jornal Oficial da União Europeia, S 5, de 7 de janeiro, na sequência da deliberação tomada pelo Conselho de Administração da EEM, S.A., de 16 de dezembro de 2021, tendo as peças daquele procedimento sido aprovadas também por deliberação do Conselho de Administração datada de 30 de dezembro de 2021.

2) De acordo com o ponto 2 da cláusula 9.ª do caderno de encargos e com o ponto 3 do artigo 1.º do programa do procedimento o prazo de execução dos trabalhos é de 300 dias de calendário.

3) *(Ao contrário do alegado pela Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A.)* O prazo de execução dos trabalhos não foi fixado como prazo máximo *(resultam das peças do procedimento que o mesmo foi fixado como um prazo único e perentório).*

4) Em 28 de março de 2022, foi elaborado o relatório preliminar da fase de qualificação tendo, nessa sede, o júri procedido à exclusão de um dos quatro candidatos, decisão que manteve no seu relatório final daquela fase de qualificação.



5) Feito o convite, apresentaram proposta dois concorrentes, sendo que em ambos os casos o valor das propostas apresentadas se mostrava superior ao preço base que tinha sido fixado nos 11 000 000,00€. A saber:

- A Hitachi Energy Portugal, S.A., apresentou uma proposta no montante de 12 848 592,04€, logo, superior ao preço base em 16,8%;
- O agrupamento Siemens, S.A./Fluence Energy GmbH apresentou uma proposta de preço que ascendia a 13 176 000,00€, superando esta o preço base em 19,8%. (*ver factó sob g*)

6) O artigo 21.º do programa do procedimento definiu assim o critério de adjudicação:

*“1. O critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade multifatoro, de acordo com os seguintes fatores e respetivos coeficientes de ponderação:*

- a) Preço 50%*
- b) Valia e Qualidade Técnica da Proposta 40%*
- c) Capacidade adicional da bateria 10%*

*2. A cada proposta será atribuída uma pontuação global, expressa numericamente, correspondente ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada fator ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação, de acordo com a aplicação da seguinte fórmula:*

$$PF = 0,50 PPR + 0,40 PVQT + 0,10 PCAB$$

*Em que:*

*PF é a pontuação final;*

*PPR é a pontuação do Preço;*

*PVQT é a pontuação da Valia e Qualidade Técnica da Proposta;*

*PCAB é a pontuação da capacidade adicional da bateria;*

*3. O fator PPR (preço) será classificado, para cada concorrente, de acordo com as seguintes expressões:*

*Para uma relação compreendida no intervalo [igual ou inferior a 1 e superior a 0,8]*

$$PPR = - 200 \times PP/PB + 250$$



*Para uma relação compreendida no intervalo [igual ou inferior a 0,8 e superior a 0,6]*

$$PPR = - 50 \times PP/PB + 130$$

*em que:*

*PP – Preço da proposta em €;*

*PB – Preço base em €.*

*O preço da proposta PP é composto por duas componentes (P1+P2), nomeadamente: Instalação e integração de sistema de armazenamento de energia, com baterias, no sistema elétrico do Porto Santo-CB2*

*P1: Preço referente à “Instalação e Integração de um Sistema de Armazenamento com Baterias no Sistema Elétrico da ilha do Porto Santo-CB2”*

*P2: Preço referente à manutenção de segundo nível, por um período de 10 anos, nos termos definidos no Caderno de Encargos. P2 será obtido calculando o Valor Atual Líquido (VAL) dos custos de manutenção de cada ano, considerando uma taxa de atualização anual de 2%.*

*4. O fator PVQT será classificado, para cada concorrente, de acordo com o definido no Anexo VIII deste procedimento.*

*5. O fator PCAB será calculado do seguinte modo:*

$$PCAB = 100 \times (CBP - 12) / 8, \text{ em que:}$$

*CBP = Capacidade nominal da bateria da proposta (BOL), assumindo valores iguais ou superiores a 12 MWh, com um máximo de 20 MWh;*

*6. Em caso de empate entre uma ou mais propostas, as mesmas serão ordenadas em função da pontuação atribuída no fator preço.*

*7. Nos cálculos de cada fator e da pontuação final considera-se o arredondamento com duas casas decimais.”*

7) Feita a aplicação do critério de adjudicação, o júri decidiu excluir ambas as propostas apresentadas com fundamento na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, deixando, no entanto, ao Conselho de Administração a decisão de recorrer ao mecanismo previsto no n.º 6 do artigo 70.º do CCP, possibilidade que tinha sido expressamente prevista na alínea g do n.º 2 do artigo 22.º do programa de procedimento, e para tal, propunha a adjudicação à proposta ordenada em primeiro lugar, no caso, a apresentada pela empresa Hitachi Energy Portugal, S.A..



8) Assim, na sua reunião de 20 de outubro de 2022, o Conselho de Administração deliberou o seguinte:

*“Depois de devidamente analisado e discutido o Relatório Final da Fase de Avaliação das Propostas, no âmbito do Concurso Limitado por Prévia Qualificação relativo à Instalação e Integração de Sistema de Armazenamento de Energia, com Baterias, no Sistema Elétrico da Ilha do Porto Santo (CB2) (procedimento n.º 01-2022-DEP), o Conselho de Administração deliberou, de acordo com o Parecer do Júri, excluir as propostas dos concorrentes Hitachi Energy Portugal, S.A.A e da Siemens, S.A. - Fluence Energy GmbH, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º, ambos do CCP, na medida em que o preço contratual de ambas as propostas foi superior ao preço base.*

*Sucede, porém, que a Instalação e Integração de Sistema de Armazenamento de Energia em causa, que pretende introduzir uma potência líquida mínima de injeção na rede de 6 MW, ao nível dos 30 KV, e uma capacidade de armazenamento mínima de 12 MWH ao fim de 10 anos, considerando diariamente a realização de um ciclo de carga/descarga completo, é indispensável para alcançar as metas de eletricidade renovável que, no Plano de Ação para a Energia Sustentável do Porto Santo, aprovado pela Resolução do Conselho de Governo da RAM, reunido em plenário, no dia 29 de março de 2012, apontando para uma meta de 50% em 2020, sendo que, em 2021, essa contribuição foi de apenas 13,3%.*

*Por outro lado, este projeto faz parte do plano aprovado no âmbito do PRR-Plano de Recuperação e Resiliência, sendo que a sua não concretização pode colocar em risco a totalidade do plano PRR aprovado para a EEM que, no conjunto, ascende a 69 milhões de euros.*

*Mais se refira que este projeto de armazenamento vai criar condições para aumentar a capacidade de integrar um maior volume de energia elétrica proveniente de fontes renováveis, armazenando a eletricidade renovável quando houver excesso, face ao consumo e devolvendo à rede a energia armazenada quando o consumo for maior.*

*Por outro lado, permitirá suavizar a variação brusca das fontes renováveis intermitentes, dotando o sistema elétrico de maior segurança e capacidade de resposta, além de contribuir para a descarbonização crescente da Ilha, uma vez que vai proporcionar a redução da utilização de combustíveis fósseis*

*Em conformidade, atento o manifesto interesse público desta intervenção e atendendo a que o preço da proposta apresentada pela Hitachi Energy Portugal, S.A. não excede em mais de 20% o preço base; que a mesma foi ordenada em primeiro lugar, de acordo com o critério de adjudicação adotado e, ainda, que se encontram reunidos os demais requisitos a que alude o n.º 6 do artigo 70.º do CCP, o Conselho de Administração delibera adjudicar esta proposta, pelo valor de 12.848.592,04€ (doze milhões, oitocentos e quarenta e oito mil, quinhentos e noventa e dois euros e quatro cêntimos).”*



18.

9) Em sede de verificação preliminar a EEM, S.A., foi instada, a 12 de janeiro passado, através do nosso ofício n.º 93, para que, entre outros aspetos, e tendo presente o ponto 2 da cláusula 9.ª do caderno de encargos e o ponto 3 do artigo 1.º do programa de procedimento que fixavam em 300 dias o prazo de execução dos trabalhos, dilucidasse com se apresentava admissível que o prazo de execução contratado fosse de 298 dias, quando o ponto 5 do artigo 16.º do programa do procedimento não admitia propostas variantes.

10) A 20 de janeiro, através do seu requerimento n.º 10/2023, a EEM, S.A., veio esclarecer no tocante à questão que lhe tinha sido colocada que “[o] prazo de execução dos trabalhos corresponde ao prazo máximo que o Dono da Obra exige ao Adjudicatário. Neste caso, o concorrente apresentou o prazo de 298 dias – inferior ao máximo estabelecido - o qual aliás, em nada interferiu na avaliação das propostas, na medida em que constitui um aspeto não submetido à concorrência”.

\*

## II.2 – FUNDAMENTOS DE DIREITO: aplicação do direito vigente aos factos apurados

§1º A questão que emerge dos presentes autos prende-se com o facto de o procedimento pré-contratual de que aqui se cuida não ter observado o regime legal que lhe é aplicável, nomeadamente porque, por deliberação do Conselho de Administração da E.E.M, S.A., foi acolhida a proposta do respetivo júri de adjudicar o contrato em apreço à Hitachi Energy Portugal, S.A., quando esta deveria ter sido excluída porque apresentava um termo ou condição – o prazo de execução do contrato – distinto do prazo certo e fixo de 300 dias estabelecido pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, sendo que tal elemento consubstanciava um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência.

§2º Isto remete-nos para a norma resultante da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, norma que manda excluir as propostas cuja análise revele “[q]ue apresentam algum dos atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 10 a 19 do artigo 49.º”.

§3º O artigo 42.º do CCP dispõe muito sobre o caderno de encargos, regulamento nuclear na contratação pública definido no n.º 1 de tal artigo. Como resulta do seu n.º 2, o prazo de execução do contrato é um aspeto essencial dessa execução, é uma condição como prevista na al. b) do n.º 2 do artigo 70.º cit. (e, por ex., na al. c) do n.º 1 do artigo 57.º).

§4º Neste caso trata-se de uma condição de execução do contrato como na nomenclatura da Diretiva 2014/24, i.e., de um requisito objetivo e fixo que vincula também os concorrentes.



§5º Em comentário ao referido artigo 70.º, JORGE ANDRADE DA SILVA entende que: “[a]inda relativamente à alínea b) do n.º 2, salienta-se que o caderno de encargos contém um clausulado que é para aceitar integralmente e sem desvios, salvo quanto ao que for expressamente deixado à concorrência e cujo preenchimento pelas propostas constituem os seus atributos.

Conclui-se daquela disposição que não há lugar a propostas condicionadas, isto é, a propostas com cláusulas diferentes das que resultam do imperativamente estabelecido no caderno de encargos (...).”<sup>1</sup>

§6º Por sua vez, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO defende que: “[o] conhecimento daquilo que é um aspeto da execução do contrato a celebrar submetido (ou não submetido à concorrência) num dado procedimento, ou um parâmetro base, aspetos a que os concorrentes devem responder e a que se encontram vinculados sob pena de exclusão, só pode ser aferido atendendo ao elenco de fatores e subfactores definidos para o critério de adjudicação desse procedimento. Por força do artigo 75.º/1 do CCP, qualquer aspeto que não seja elevado a fator ou subfactor do critério de adjudicação poderá até ser relevante, por exemplo como aspeto não submetido à concorrência (ou seja, poderá ser relevante para a análise das propostas); mas não será, em caso algum, relevante para a avaliação das propostas, pois não existem aspetos submetidos à concorrência fora da estrita configuração do critério de adjudicação.

A interpretação das peças do procedimento é a atividade essencial para determinar quais são os limites dentro dos quais a análise e avaliação das propostas irá processar-se no procedimento. Por uma questão de transparência e boa fé só pode ser exigido o cumprimento, pelos concorrentes, de parâmetros base e aspetos não submetidos à concorrência (pelo menos com relevância excludente da proposta) desde que um agente económico medianamente preparado e diligente, os consiga extrair, com um mínimo de clareza, das peças do procedimento, aspeto que nem sempre é tido em consideração pelas entidades adjudicantes.”<sup>2</sup>

§7º Ainda o mesmo autor, a propósito da distinção entre as fases de análise de propostas e de avaliação de propostas, sustenta:

“Essa distinção resulta da deliberada intenção do legislador de separar dois momentos lógicos do processo de apreciação de uma proposta num procedimento pré-contratual. Por um lado, aquilo a que a doutrina já chamou a análise das propostas, que se dirige à aferição da compatibilidade dessa proposta com o bloco de legalidade aplicável àquele procedimento – composto pela lei e regulamentos aplicáveis, com especial destaque, naturalmente, para as peças do procedimento; e, por outro lado, a avaliação das propostas que tenham sido consideradas “adjudicáveis”, isto é, suscetíveis de serem escolhidas, e em relação às quais se

<sup>1</sup> In Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado, 9.ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina, pág. 325.

<sup>2</sup> In Direito dos Contratos Públicos, Volume I, Introdução - Regime de Formação, 2022 Reimpressão, AAFDL Editora, pág. 320.



12

passa à sua avaliação à luz do critério de adjudicação indicado nas peças do procedimento, selecionando-se aquele que é mais vantajosa à luz desses critérios.

(...)

*Daqui decorre claramente que, na análise das propostas (a análise da sua conformidade com exigências legais e regulamentares, mormente, das peças), o que ocorre é um juízo sobre o cumprimento (ou incumprimento) pela proposta de elementos que se apresentam como neutros ou indiferentes face ao critério de adjudicação. Note-se: não são elementos neutros face à decisão do procedimento; são neutros face ao critério de adjudicação. São duas coisas bem diferentes. Com efeito, como vimos, a entidade adjudicante pode definir, ela própria, uma série de requisitos para a execução do contrato (por exemplo, um prazo máximo de execução), embora não os tenha levado ao critério de adjudicação, isto é, embora não vá avaliá-los (no exemplo dado, isso significa que, embora tenha fixado um prazo máximo de execução, não existe, no critério de adjudicação, qualquer fator ou subfactor de avaliação correspondente ao prazo de execução). Tais requisitos assumem, como vimos, a natureza de termos ou condições não submetidos à concorrência. Eles não relevam em termos de critério de adjudicação e, conseqüentemente, de avaliação das propostas; nesse sentido, são indiferentes para a avaliação das propostas. Mas eles são relevantes para a decisão de adjudicação, pois a referência, nas peças procedimentais, a qualquer aspeto não submetido à concorrência significa que ele é, pelo menos, suficientemente relevante para a entidade adjudicante se lhe referir, e para o erigir em condição de admissibilidade da proposta.”<sup>3</sup>*

E, continuando, diz a autor: “[a] análise das propostas (nos termos acabados de indicar) pode revelar uma proposta não apta para adjudicação. Isso acontece sempre que uma proposta esteja afetada por alguma daquelas que a lei considera como causas de exclusão de propostas. As causas de exclusão de propostas resultam, essencialmente do artigo 70.º, inserido em sede de “parte geral”, e do artigo 146.º, que regula o relatório preliminar do concurso público e acaba por ser aplicável, por remissão, aos restantes procedimentos.”<sup>4</sup>

§8º E, apesar de tal não ter sido alegado pela E.E.M., S.A., importa referir que não seria pelo facto de empresa Hitachi Energy Portugal, S.A., ter assinado uma declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, que a violação apontada deveria ser simplesmente desconsiderada.

§9º Com efeito, conforme defendem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA<sup>5</sup>, “é irrelevante o facto de o concorrente ter subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos do anexo I ao CCP ou o facto de, nos termos do artigo 96.º/5, o caderno de encargos prevalecer sobre a proposta quando haja divergência entre eles: se um atributo violar os parâmetros base ou se um termo ou condição violar um

<sup>3</sup> Obra citada, pág. 463 e seguintes.

<sup>4</sup> Obra citada, pág. 466.

<sup>5</sup> In *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 934.





*limite máximo ou mínimo, a proposta deve ser excluída, não servindo aquela declaração ou prevalência para a legitimar.”*

§10º No mesmo sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>6</sup>, considera que: *“não seria relevante alegar que o concorrente apresentou uma declaração genérica de aceitação do caderno de encargos (...). Com efeito, na interpretação de qualquer texto jurídico, a declaração especial prevalece sobre a geral, pelo que a declaração de aceitação não pode cobrir desconformidades específicas com as peças do procedimento – as quais precisamente desmentem essa aceitação e a derrogam nesse concreto aspeto contratual.”*

§11º E, não se alegue, também, que o facto de o n.º 5 do artigo 96.º do CCP, ao fazer prevalecer o caderno de encargos sobre a proposta, chegaria para afastar a ilegalidade apontada.

§12º Conforme aponta LUÍS VERDE DE SOUSA<sup>7</sup>, *“decisivo é o facto de a norma em apreço não se destinar a resolver, direta ou indiretamente, através de um critério de prevalência, o problema procedimental resultante de uma proposta não respeitar a disciplina prevista no caderno de encargos. Para tanto, o legislador criou, sobretudo nas alíneas b) e d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, uma outra solução: a exclusão da proposta.”*

§13º No entender do mesmo autor, *“se a mera subscrição de uma declaração de aceitação do caderno de encargos, conjugada com a regra que, em caso de divergência, faz prevalecer esta peça do procedimento sobre as disposições da proposta adjudicada, permitisse “salvar” uma proposta cujos termos ou condições violam aspetos da execução do contrato regulados pelo caderno de encargo, a segunda parte da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP perderia qualquer conteúdo útil, na medida em que a violação de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência poderia ser sempre (ou quase sempre) ultrapassada por esta via.”*

§14º No mesmo sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ sustenta que aquele n.º 2 do artigo 96.º do CCP *“tem um âmbito de vigência ulterior, o qual incide sobre a execução do contrato, tendo o escopo de sanar divergências que apenas sejam detetadas num momento em que já não seja possível excluir uma proposta que foi objeto de adjudicação. Mas essa disposição fica prejudicada num momento pré-contratual: a sua aplicação não chega a ser possível pela circunstância de a alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º se impor a montante, impedindo que chegue sequer a ser celebrado um contrato onde se verifique uma discrepância entre caderno de encargos e proposta”.*

§15º Sobre esta matéria pronunciou-se, também, a jurisprudência administrativa. Assim, o Supremo Tribunal Administrativo, no seu Acórdão de 29/09/2016 (Proc. n.º 0867/16), sufragou o seguinte entendimento:

<sup>6</sup> *Direito da Contratação Pública*, Volume II, AAFDL, Lisboa, 2020, pág. 258.

<sup>7</sup> *“Uma Análise das Causas de Exclusão Respeitantes a Termos ou Condições das Propostas”*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, página 19.



*“(…)O Código dos Contratos Públicos (CCP) estatui que as propostas devem ser acompanhadas pelos documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência, contenham os atributos com os quais os concorrentes se dispõem a contratar bem como os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência [art.º 57.º/1/b) e c)] e que se tal não suceder ou se dos documentos juntos não constarem algum dos atributos ou constarem atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou apresentarem termos ou condições não submetidos à concorrência que violem aspetos da execução do contrato a celebrar ou que sejam impossíveis de avaliar em virtude da forma da apresentação dos seus atributos, as mesmas devem ser imediatamente excluídas [vd. art.ºs 70.º/2 a), b) e c) e 146.º/2/d)]. O que bem se compreende uma vez que, por um lado, as propostas constituem uma declaração negocial onde o interessado comunica à Administração a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo [art.º 56.º/1] e, por outro, porque é com base nelas que a Administração forma o seu juízo e profere a sua decisão adjudicatória.*

*Daqui decorre não só que a proposta é uma peça fundamental no procedimento de contratação pública, mas também o princípio da sua imutabilidade ou intangibilidade - que proíbe que ela seja objeto de alterações ou correções posteriores - princípio que só cede nos casos em que esteja prevista a possibilidade de negociação e, portanto, a possibilidade da sua alteração.*

*E daqui decorre também que, muito embora as fases pré contratual e de execução do contrato sejam independentes e autónomas entre si, certo é que, de algum modo, ambas formam um todo unitário visando a consecução de objetivos complementares: em primeiro lugar, o de preparar a escolha mais acertada e, depois, o de proporcionar a mais fiável e mais eficiente execução da escolha feita.*

*E, sendo assim, isto é, se o que se pretende na fase de execução do contrato é concretizar a decisão que elegeu uma proposta e determinou a celebração do contrato, então importa que a apreciação das mesmas seja exigente e rigorosa por só assim se evitar que a execução do contrato seja conflituosa e possa suceder que tenha de ser negociada a sua alteração. Dito de forma mais clara, se a proposta se destina a revelar as condições em que o concorrente está disposto a contratar e se é com base nela que a Administração formula o seu juízo e toma a sua decisão não se compreenderia que, nos concursos destinados ao fornecimento de bens ou prestação de serviços, se admitisse que o bem ou o serviço que a entidade promotora do concurso escolheu e que constitui objeto do contrato não estivesse devidamente identificado e se pudesse admitir que o mesmo fosse ser alterado, aquando da sua execução. A admitir-se tal possibilidade isso significaria a violação do princípio da intangibilidade da proposta e, do mesmo modo, a violação dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência (art.º 1.º/5 do CCP).*

*Por ser assim é que nos concursos em que o critério de adjudicação é o do mais baixo preço – como é o caso dos autos - a lei obriga a que o Caderno de Encargos defina todos os “aspetos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela*



entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objeto daquele.” (art.º 74.º/ 2 do CCP). Nestes concursos - em que o que está em causa é, apenas e tão só, o preço e, por isso, em que este é o único elemento diferenciador e o único critério a determinar a escolha da proposta vencedora - o Caderno de Encargos tem de definir, clara e especificadamente, todos os requisitos a que deve obedecer o objeto concursado e os concorrentes têm de apresentar propostas que respeitem rigorosamente tais especificações. Só nessas circunstâncias, isto é, só quando todos os requisitos do bem a fornecer estão previamente definidos e em que as propostas os observem é que se poderá afirmar que o critério de adjudicação é o do mais baixo preço.

(...)

Dispõe o citado dispositivo da al.<sup>a</sup> b) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP que “são excluídas as propostas cuja análise revele que apresentam atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 4 a 6 e 8 a 11 do art.º 49.º.”

O que quer dizer que esta norma sanciona com a exclusão a proposta (1) que apresenta atributos violadores dos parâmetros base fixados no caderno de encargos (2) e a que, apesar dos seus atributos serem corretos, apresenta, contudo, termos ou condições que violam aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência.

É, assim, pacífico que as propostas cujos termos ou condições violem aspetos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência devem ser excluídas, o que bem se compreende visto tal violação constituir impedimento à celebração do contrato. A dificuldade surge quando se procura saber se também deve ser excluída a proposta que, muito embora não apresente termos ou condições violadoras de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, é omissa no tocante aos termos ou condições que dela deviam constar relativos a esses aspetos visto tal situação não estar diretamente contemplada naquela previsão normativa.

O que leva a Recorrente a sustentar que estando, apenas, em causa a omissão de termos não submetidos à concorrência relativos à execução do contrato que deviam constar, e não constavam, da sua proposta, esta não pode ser sancionada com a cominação estabelecida naquele dispositivo.

(...)

Como se disse anteriormente, as propostas constituem a declaração negocial onde o interessado comunica à Administração a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo, sendo com base nelas que aquela forma o seu juízo e profere a sua decisão. O que significa que o seu conteúdo é relevantíssimo e que dele devem fazer parte todos os elementos exigidos pelo PC e CE pois que, se assim não for, não só se está a violar o disposto naquelas peças concursais como também a sonegar à Administração elementos fundamentais para a sua decisão, impedindo-a de poder fazer uma escolha criteriosa e



*acertada. Por ser assim é que, por um lado, a mesma tem de ser formulada de acordo com o estabelecido no art.º 57.º do CCP e, por outro, está sujeita ao princípio da imutabilidade ou intangibilidade.*

*Todavia, fica por resolver a questão já enunciada de saber se também se deve excluir a proposta que - muito embora não apresente termos ou condições violadoras de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência - é, no entanto, omissa no tocante a esses termos ou condições visto esta situação não estar diretamente contemplada na al.ª b) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP. A resposta mais fácil e mais imediata a esta interrogação é a de considerar que a proposta que é omissa no tocante aos termos e condições relativos à execução do contrato não submetidos à concorrência não pode ser rejeitada visto tal cominação não resultar, de forma clara e direta, da transcrita norma. E se assim é e sendo essa hipótese uma hipótese real – como os autos evidenciam - haverá que concluir que estamos perante uma situação não prevista na lei, lacuna que tem de ser resolvida de acordo a norma que o próprio legislador criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (art.º 10.º/3 do CC).*

*Ora, atento o espírito do sistema, a solução para esta omissão só pode ser a de que também deve ser rejeitada a proposta que seja omissa no tocante aos termos ou condições respeitantes a aspetos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência.*

*Desde logo, porque se a entidade adjudicante fez constar dos respetivos PC ou CE a obrigatoriedade de as propostas conterem determinados termos ou condições não submetidos à concorrência relativos à execução do contrato foi porque os considerou decisivos para a boa execução deste. De contrário não tornaria obrigatória essa indicação. E, porque assim, não faz sentido admitir-se ao concurso uma proposta que viole essa prescrição, colocá-la em pé de igualdade com as corretamente elaboradas, proceder à sua análise e – quem sabe – declará-la vencedora. Porque tal significaria colocar propostas incomparáveis em pé de igualdade e obrigar a entidade adjudicante a tratá-las como se as mesmas pudessem ser comparadas.*

*É para evitar a possibilidade de ocorrência de uma situação dessa natureza que a lei obriga a que a proposta contenha “os termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule” (al.ª c) do n.º 1 do art.º 57.º do CCP, com sublinhado nosso), obrigatoriedade que faz todo o sentido já que só dessa forma a entidade adjudicante pode conhecer a real valia da proposta e está em condições de exigir que o contrato seja executado de acordo com o previamente fixado. Se assim não fosse, aquela entidade ficaria impossibilitada de controlar a correta execução do contrato na medida em que, perante ausência de regras claras, o adjudicatário executá-lo-ia da forma que melhor conviesse aos seus interesses o que, certamente, conduziria, a conflitos cuja resolução pacífica seria difícil.*

*Acresce que a referida omissão não pode ser resolvida com recurso ao disposto no art.º 72.º do CCP uma vez que os pedidos de esclarecimentos só podem ser solicitados quando haja*



*incompreensão dos termos da proposta e não quando haja omissão dos elementos que dela deviam, obrigatoriamente, constar e não constam.*

*Deste modo, só a solução que ora se preconiza para ultrapassar a apontada lacuna legal faz sentido, solução que ganha, ainda, maior consistência se pensarmos nos casos – como o presente – em que o critério adotado é o do mais baixo preço e, portanto, nos casos em que este é o único elemento diferenciador e, por isso, o único elemento a determinar a adjudicação. Com efeito, nestes casos, o CE tem de definir “todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante ...” (art.º 74.º/3 do CCP), definição que tem de constar, primeiramente, das peças concursais e depois da proposta sob pena da sua exclusão.*

*Nesta conformidade, quando a proposta não contém os elementos exigidos pelas peças concursais, essenciais para a execução do contrato, tal só pode significar a violação das suas cláusulas o que tem de acarretar a exclusão da proposta.*

*O que, em conclusão, significa que é fundamento da exclusão da proposta não só a indicação de termos e condições que violem aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência como também a omissão desses termos ou condições.”.*

§16º Em sentido idêntico, pronunciou-se, igualmente, o Supremo Tribunal Administrativo em Acórdão de 18/09/2019, que, no Processo n.º 02178/18.8 BEPRT, decidiu:

*“Assim, se for constatada a não apresentação/inclusão na proposta de algum termo ou condição exigido ou a inclusão de algum termo ou condição violador de aspeto da execução do contrato a celebrar inscrito em peça procedimental, mormente no caderno de encargos, isso deve conduzir à sua exclusão, sabido que é através do procedimento de contratação pública que se visa escolher um cocontratante e uma proposta que, nas condições económicas e financeiras definidas como adequadas pela entidade adjudicante, satisfaça as necessidades públicas.*

(...)

*De referir, ainda, que no quadro do anterior quadro legal este Supremo Tribunal havia já sustentado que deveria ser rejeitada a proposta que fosse omissa no tocante aos termos ou condições respeitantes a aspetos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência exigidos pelas peças procedimentais [cfr., nomeadamente, o Ac. de 29.09.2016 - Proc. n.º 0876/16 (vide «Fundamentação» - «II. O Direito», seus pontos 4. e 5.)].*

(...)

*Conclui-se, então, que constituía «fundamento da exclusão da proposta não só a indicação de termos e condições que violem aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência como também a omissão desses termos ou condições».”*



§17º Também neste sentido cf. PEDRO C. GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 5ª edição, págs. 594-596 e 793-796.

§18º Assim, o quadro factual onde se insere a presente contratação impede a sua subsunção nas normas legais aplicáveis em virtude de o júri não ter proposto a exclusão da proposta da Hitachi Energy Portugal, S.A., quando a mesma continha um termo ou condição que violava um dos aspetos da execução do contrato a celebrar e não submetido à concorrência pela entidade adjudicante; no caso, o prazo de execução do contrato.

§19º Em síntese, a proposta vencedora e a adjudicação que conduziram ao contrato aqui fiscalizado violaram o prazo fixo de execução do contrato estabelecido no caderno de encargos, o que era uma evidente causa de exclusão das propostas e de ilegalidade de uma adjudicação que nisso assente, assim viciando o contrato nos termos do n.º 2 do artigo 283.º do CCP.

§20º Ora, isso constitui fundamento de recusa de visto ao contrato em apreço, nos termos previstos na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, por estarmos perante uma ilegalidade que altera ou é passível de alterar o resultado financeiro do contrato em apreço, uma vez que, como defende LUÍS VERDE DE SOUSA<sup>8</sup>, “a exclusão da proposta não se destina apenas a enfrentar o referido problema procedimental, pretendendo também acautelar o interesse público subjacente a um regular e pontual cumprimento do contrato a celebrar, posto que a existência de violação de aspetos não submetidos à concorrência evidencia um elevado risco de um futuro incumprimento contratual”.

§21º Basta pensar aqui nas possíveis vicissitudes da execução contratual que tenham consequências financeiras, a ocorrer eventualmente nos dias não abrangidos pela proposta e pelo contrato, mas que estavam previstos como dias abrangidos pela execução do contrato no caderno de encargos.

§22º A ilegalidade detetada no âmbito da apreciação do processo de visto em referência, consubstanciada na inobservância dos preceitos legais identificados supra, são suscetíveis de configurar um ilícito financeiro enquadrável na previsão normativa da al. b) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC, que contempla a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando estejam em causa, designadamente, a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública.

§23º As infrações financeiras assinaladas são imputáveis, nos termos do art.º 61.º n.ºs 1 e 4 da LOPTC, aplicável *in casu* por força do disposto no art.º 67.º n.º 3 do mesmo diploma:

-Aos membros do Conselho de Administração da E.E.M., S.A., Francisco António Caldas Taboada, João Pedro Barreto de Sousa e Ana Cristina Dantas

---

<sup>8</sup> Artigo já citado.



Andrade, que votaram favoravelmente a adjudicação do contrato em apreciação, nos termos propostos pelo júri do procedimento, e

-Aos membros do júri do procedimento que admitiram indevidamente a proposta da *Hitachi Energy Portugal, S.A.*, e, subsequentemente, propuseram a adjudicação da mesma, Maria Matilde Matias, Agostinho Figueira e Samuel da Silva.

§24º Conforme decorre da aplicação conjugada da al. b) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC, a atuação ilegal acima apontada é passível de tipificar uma infração geradora de responsabilidade financeira sancionatória, a efetivar através da aplicação de multa, que tem como limite mínimo o montante correspondente a 25 UC e como limite máximo o correspondente a 180 UC<sup>9</sup>.

§25º Cabe verificar e avaliar a possibilidade de relevar a infração detetada, tendo presentes os pressupostos cumulativos elencados nas als. a), b) e c) do n.º 9 do art.º 65.º da LOPTC, para esse efeito, ou então determinar, sendo caso disso, a abertura do processo para o respetivo apuramento, a fim de ser dada vista ao Ministério Público, nos termos do art.º 77.º, n.º 2, al. d), da mesma Lei.

§26º Esta SRMTC pode, nos termos dos artigos 65.º n.º 9 (e 105.º n.º 1) da LOPTC, relevar a responsabilidade por infração financeira quando:

a) *Se evidenciar suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência;*

b) *Não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado;*

c) *Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática.*

§27º Ora, não nos parece haver elementos aqui apurados e apuráveis para dar por preenchidos os pressupostos referidos nas alíneas a) e c).

§28º Com efeito, não temos elementos quanto ao pressuposto da alínea c) cit. e não é possível concluir aqui com segurança, também face ao teor do argumentário utilizado neste processo pela entidade adjudicante, que as atuações objetivamente ilícitas detetadas ocorreram sem dolo (direto, necessário ou eventual).

---

<sup>9</sup> Anota-se que, de harmonia com o Regulamento das Custas Processuais, publicado em anexo ao DL n.º 34/2008 de 26 de fevereiro, a UC é a quantia monetária equivalente a um quarto do valor do Indexante de apoios sociais, vigente em dezembro do ano anterior, arredondado à unidade euro, atualizável anualmente com base na taxa de atualização daquele indexante. Todavia, nos termos do art.º 9.º da Lei n.º 99/2021 de 31 de dezembro, relativa às contribuições especiais e valor das custas processuais para 2022, e à semelhança do ocorrido em exercícios orçamentais precedentes desde 2010, foi suspensa a atualização automática da UC, mantendo-se em vigor o valor vigente em 2021, ou seja, 102,00€.



§29º Assim, a possibilidade de, aqui, relevar as indiciadas responsabilidades financeiras sancionatórias está factual e legalmente afastada.

\*

### III - DECISÃO

Pelo exposto, ao abrigo das disposições legais citadas, do n.º 4 do artigo 214.º da Constituição e ainda do artigo 80.º do Regulamento do Tribunal de Contas, a S.R.M. do Tribunal de Contas decide:

- Recusar o visto ao citado contrato (*cf. a al. c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC*);
- Determinar a abertura de processo para apuramento de responsabilidade financeira nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 129.º do RTC; e
- Ao abrigo da al. d) do n.º 2 do artigo 77.º da LOPTC, comunicar ao Ministério Público o caso da infração financeira objetivamente detetada no exercício desta fiscalização prévia, atrás exposto e discriminado.

Os emolumentos legalmente devidos são no montante de 20,60 euros.

Registe e notifique (também ao Ministério Público).

Publicite-se oportunamente na *Intranet* e no sítio do tribunal na *Internet*.

Funchal, R.A.M., 17-fev.-2023.

O JUIZ CONSELHEIRO  
da S.R.M.T.C.

(Paulo H. Pereira Gouveia)

Participei na sessão.  
A ASSESSORA

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

Participei na sessão.  
O ASSESSOR

(Alberto Miguel Faria Pestana)