



DECISÃO N.º

35 2023-FP/SRMTC

Data: 11/05/2023

Processo de F. P. n.º 11/2023

Relator: Juiz Cons.º Paulo H. Pereira Gouveia



Processo de fiscalização prévia n.º 11/2023 (SRMTC)

DECISÃO n.º 35/2023-FP/SRMTC

I – INTRODUÇÃO

Vem submetido à fiscalização prévia do Tribunal de Contas:

- O contrato de fornecimento de contadores inteligentes e concentradores de dados PLC, celebrado, em 6 de dezembro de 2022, entre a EEM – Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A. e a empresa *Kaija Technology Netherlands B.V.*, pelo preço de 5 136 567,50 € (s/IVA).

As alegações produzidas pela entidade requerente constam do presente processo.

*

Nada impede o conhecimento do objeto deste processo.

*

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - FUNDAMENTOS DE FACTO: OS FACTOS RELEVANTES PROVADOS

Com base nos documentos juntos ao processo, está provado que:

- A. O concurso público tendente à contratação em apreço foi aberto por avisos publicados no Diário da República, II Série, n.º 94, de 16 de maio de 2022, e no Jornal Oficial da União Europeia, S 95, de 17 de maio, na sequência da deliberação tomada na reunião do Conselho de Administração da EEM, S.A., em 21 de abril.
- B. De acordo com o artigo 5.º do programa do concurso, o preço base do procedimento foi fixado em 6 855 250,00€ (n.º 1), e o prazo de fornecimento estipulado foi de 30 meses, com entrega faseada nos termos previstos no caderno de encargos (n.º 6).
- C. Relativamente ao prazo de fornecimento, a cláusula 5.ª do caderno de encargos fixou:

“1 – O prazo de vigência do contrato é de 30 meses tendo início no dia útil seguinte à data em que a EEM comunique, por escrito, ao Adjudicatário a concessão do visto prévio do Tribunal de Contas, não produzindo quaisquer efeitos antes de verificada a condição enunciada.

2 – A quantidade global de cada tipo de equipamento, objeto do presente fornecimento será efetuada em 5 entregas com periodicidade semestral.

3 – A composição de cada entrega será confirmada pela EEM ao adjudicatário através de Ordem de Compra, sendo a primeira efetuada logo após a celebração do contrato e as restantes no mínimo com a antecipação de 3 meses do prazo de entrega, devendo o Adjudicatário confirmar a encomenda no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis após a sua receção.”

- D. O critério de adjudicação fixado foi, de acordo com o artigo 13.º do programa do procedimento, o da proposta mais vantajosa na modalidade monofator, tendo em conta o mais baixo preço.
- E. De acordo com o previsto n.º 2 do artigo 7.º do programa do procedimento, as propostas a apresentar deveriam ser constituídas pelos seguintes documentos, sob pena de exclusão:
- 1) Documento Europeu único de Contratação Pública (DEUCP);
 - 2) Proposta de preço e lista de preços unitários:
 - Proposta de preço, elaborada em conformidade com o modelo Anexo I ao programa do procedimento;
 - 3) Comprovativo do cumprimento dos seguintes requisitos:
 - Que os contadores cumprem e estão certificados com a norma PLC PRIME Alliance Standard (adicionalmente a declaração do fabricante deve estar em conformidade com EN 50065-1, IEEE 1901.2 Standard OFDM);
 - Que os contadores standard mencionados possuem um certificado oficial desta organização e possuem um logotipo/designação PRIME sobre a placa de identificação;
 - Que os contadores mencionados cumprem na totalidade com:
 - i. As normas internacionais IEC/EN 62052-11 e IEC/EN 62053-21 ou EN 50470-1 e EN 50470-3 como substituto apenas para os padrões de energia ativa. Deve ser fornecido cópia do certificado de homologação emitido por um organismo autorizado, confirmando que está em conformidade com os requisitos da norma IEC/EN 62052-11 e IEC/EN 6253-21 ou EN 50470-1 e EN – 50470-3 como substituto apenas para os padrões de energia ativa;
 - ii. O relé de corte deve estar em conformidade com a IEC 62055 -31. O erro máximo do RTC (real time clock) do contador deve estar em conformidade com a norma EN – 62054 – 21.
 - Que os concentradores de dados (DCU) estão certificados com a norma PLC PRIME Alliance standard (adicionalmente a declaração do fabricante deve estar em conformidade com EN 50065 – 1, IEEE 1901.2 Standard OFDM) e em conformidade com a especificação “Especif Interfaz_STG-DC_Vers.3.3_20150513.Released” ou superior;
 - Que os concentradores de dados (DCU) PLC PRIMEM Alliance Standard mencionados devem ser mencionados como PRIME utilizando um certificado oficial desta organização e devendo possuir um logotipo/designação PRIME sobre a placa de identificação.
 - 4) Especificações técnicas e legais definidas no procedimento, incluindo ensaios e certificações.



- 5) O concorrente poderia apresentar outros documentos que considerasse indispensáveis para os efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 57.º do CCP.
- 6) No caso de o concorrente ser constituído por um agrupamento de empresas, declaração conforme ao modelo apresentado no ANEXO II do programa de procedimento (Acordo – Promessa de Constituição).
- 7) O concorrente deveria apresentar (quando aplicável) um documento justificativo da apresentação de um preço anormalmente baixo.

Sendo que, por força do n.º 3 daquele artigo 7.º, a falta de apresentação de qualquer um dos documentos aqui exigidos, ou cuja apresentação fosse obrigatória nos termos do CCP, implicaria a exclusão da respetiva proposta.

- F. O artigo 8.º da mesma peça procedimental, por sua vez, impunha que os documentos que constituíam a proposta deveriam ser obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa (n.º 1), admitindo-se, contudo, que documentos técnicos, tais como catálogos, lista de referências e documentos análogos, pudessem ser apresentados em língua inglesa, desde que fossem acompanhados de tradução devidamente legalizada ou, em alternativa, tradução não legalizada, mas acompanhada de declaração do concorrente nos termos da qual este declarasse aceitar a prevalência dessa tradução não legalizada, para todos e quaisquer efeitos, sobre os respetivos originais (n.º 2).
- G. Os documentos de habilitação exigidos foram os previstos no artigo 17.º do programa do concurso, nos termos assim previstos:

“1. O Adjudicatário deve apresentar, através da plataforma eletrónica utilizada pela EEM a que se refere o n.º 3 do artigo 3.º do presente Programa de Procedimento, no prazo de 10 (dez) dias a contar da notificação da decisão de adjudicação, os seguintes documentos de habilitação:

a) Declaração emitida conforme o modelo constante do Anexo II ao CCP, adaptada de acordo com o modelo constante do Anexo II-M do DLR 34/2008/M;

b) Documentos comprovativos do cumprimento, quando legalmente exigível, das obrigações declarativas relativas a rendimentos gerados no território da Região Autónoma da Madeira, apresentando ainda os seguintes documentos:

i. Última declaração de rendimentos, modelo 3 ou modelo 22, este último acompanhado do Anexo C, se for o caso, caso o Adjudicatário tenha exercido nesse período atividade na Região Autónoma da Madeira, bem como enquanto se mantiver em vigor o respetivo contrato.

ii. Última Declaração de rendimentos e retenções de residentes (modelo 10) e DMR;

iii. Anexo Q da última informação empresarial simplificada (IES).

iv. Anexo R do IVA da última declaração periódica do IVA.

c) O Adjudicatário que considere não preencher as condições legais relativas ao cumprimento das obrigações declarativas concernentes a rendimentos gerados no território da Região Autónoma da Madeira, deve apresentar declaração, sob compromisso de honra, subscrita por quem o obriga, referindo expressamente, essa situação.

d) Documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e h) do artigo 55.º do CCP, designadamente:

i. Certificado do registo criminal dos titulares dos órgãos sociais de administração, direção ou gerência, e estes se encontrem em efetividade de funções;

ii. Documento comprovativo da situação regularizada relativamente a contribuições para a segurança social em Portugal ou, se for o caso, no Estado de que seja nacional ou no qual se situe o seu estabelecimento principal;

iii. Documento comprovativo da situação regularizada relativamente a impostos em Portugal ou, se for o caso, no Estado de que seja nacional ou no qual se situe o seu estabelecimento principal.

e) No caso da adjudicação a um agrupamento, o contrato de associação, de acordo com o n.º 5 do artigo 6.º do presente Programa de Procedimento:

f) Um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, salvo se o Adjudicatário for uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, caso em que deverá entregar comprovativo da referida certificação.

2. A documentação referida nas alíneas a) a d) do número anterior deve ainda ser apresentada por eventuais subcontratados identificados na proposta do Adjudicatário. No decurso da execução do contrato, a autorização do contraente público à subcontratação fica condicionada à apresentação daquela documentação relativa ao potencial subcontratado por parte do cocontratante.

3. Quando o Adjudicatário for um agrupamento, os documentos referidos nas alíneas a), b) ou c), conforme o caso, e d) do n.º 1 deste artigo devem ser apresentados por todos os seus membros;

4. Todos os documentos de habilitação devem ser redigidos em língua portuguesa ou acompanhados de tradução devidamente legalizada, se os respetivos originais, pela sua própria natureza ou origem, estiverem redigidos em língua estrangeira.

5. Quando os documentos de habilitação se encontrem disponíveis na Internet, o Adjudicatário pode, em substituição da apresentação da sua reprodução, indicar à EEM o endereço do sítio onde aqueles podem ser consultados, bem como a informação necessária a essa consulta, desde que os referidos sítios e documentos deles constantes estejam redigidos em língua portuguesa.

6. O prazo fixado para a apresentação dos documentos de habilitação pode ser prorrogado, por uma única vez, por solicitação do Adjudicatário formulada ao Conselho de Administração da EEM, por um período não superior a cinco dias.

7. A EEM notifica, em simultâneo, todos os concorrentes da apresentação dos documentos de habilitação pelo Adjudicatário, indicando o dia em que ocorreu a sua apresentação.

8. Os documentos de habilitação devem ser disponibilizados, para consulta de todos os concorrentes, na plataforma eletrónica utilizada pela EEM, a que se refere o n.º 3 do artigo 3.º do presente Programa de Procedimento.



9. Juntamente com os documentos de habilitação e dentro do mesmo prazo, o Adjudicatário deverá apresentar documento comprovativo de inscrição no Registo Central de Beneficiário Efetivo.”

H. Nos termos do artigo 10.º do programa do procedimento, não eram admitidas propostas variantes.

I. Ao concurso público apresentaram-se três concorrentes que apresentaram as seguintes propostas de preço:

- Ziv Aplicaciones y Tecnologia S.L. – 5 788 150,00€;
- Kaifa Technology Netherlands B.V. – 5 136 567,00€
- Enermeter – Sistemas de Medição, Lda. – 6 244 179,00€.

J. Nos termos do Anexo I à sua proposta, o concorrente Kaifa Technology Netherlands B.V., declarava “concluir o referido contrato no prazo global de 360 (trezentos e sessenta) dias de calendário”.

K. Confrontado com o facto, o júri decidiu, em 19 de agosto de 2022, e através da plataforma eletrónica onde se desenrolava o procedimento, pedir esclarecimentos ao concorrente, o que fez nos termos seguintes:

“No âmbito do concurso público de Fornecimento de Contadores Inteligentes e Concentradores de dados PLC (PROCED. 15-2022-SIAM), vem o júri, em cumprimento do disposto no artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redação, em conformidade com os princípios da colaboração entre a Administração Pública e os particulares, do aproveitamento dos atos jurídicos, do favor participationis, da máxima abertura à concorrência e da boa fé, na sua vertente de primazia da materialidade subjacente, conjugados com os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento dos administrados, solicitar ao concorrente infra identificado, que preste, para efeitos de análise da sua proposta, os esclarecimentos necessários, nos seguintes termos:

Deve fazê-lo através da plataforma eletrónica do procedimento concursal (www.saphety.com/saphetygov), no prazo máximo de 5 dias, a contar da data de notificação do presente pedido na referida plataforma eletrónica.

Kaifa Technology Netherlands B.V

Solicita-se a este concorrente que, face à desarmonia verificada entre dois elementos da proposta apresentada, nomeadamente a aceitação, por um lado, dos termos do fornecimento expressos no Caderno de Encargos e a declaração, por outro, da conclusão do contrato em prazo diverso, esclareça qual o prazo de vigência do contrato a celebrar.”

L. Em 22 de agosto de 2022, veio o concorrente Kaifa Technology Netherlands B.V., apresentar na referida plataforma o seguinte esclarecimento:

“A N/ proposta prevê um prazo de vigência do contrato de 30 meses, em conformidade com o n.º 1 da Cláusula 5.ª do Caderno de Encargos e com o n.º 6 do Artigo 5.º do Programa do

Procedimento, bem como com a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos incluída na nossa proposta.

No documento da N/Proposta de Preço (Anexo I), está declarado que a Kaifa Technology Netherlands B.V. poderia concluir a execução do contrato no prazo global de 360 dias. O significado desta frase é de que a Kaifa Technology Netherlands B.V. detém as capacidades técnicas, financeiras, produtivas e logísticas para fornecer todos os equipamentos propostos num prazo de 360 dias. Numa segunda análise, entendemos que a formulação da frase em questão se trata de um lapso do N/lado, uma vez que o declarado poderia induzir que a N/proposta seria pela execução do contrato em 360 dias, o que não é o caso porque iria contrariar a N/declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos. Apresentamos as nossas sinceras desculpas pelo lapso involuntário.

Assim sendo, confirmamos pela presente notificação que a N/proposta prevê um prazo de vigência do contrato de 30 meses em conformidade com a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos.”

- M. A referida declaração de aceitação do caderno de encargos que instruiu a proposta do concorrente Kaifa, não era, nem tinha de ser, de apresentação exigida pelas peças do procedimento.
- N. Perante os esclarecimentos, entendeu o júri, tal como verteu no seu relatório preliminar de análise de propostas, datado de 24 de agosto de 2022, *“tratando-se, como efetivamente se trata, de um lapso cometido na elaboração da proposta, o Júri irá considerar o prazo constante do Caderno de Encargos, que este concorrente declarou aceitar sem quaisquer reservas.”*
- O. Foram, assim, admitidas as propostas apresentadas pelos três concorrentes, o que determinou, aplicado que foi o critério de adjudicação, a seguinte ordenação:

Ord.	Concorrente	Valor global da proposta
1	Kaifa Technology Netherlands B.V.	5 136 567,00€
2	Ziv Aplicaciones y Tecnologias S.L.	5 788 150,00€
3	EnerMeter – Sistemas de Medição, Lda.	6 244 179,00€

- P. Em 29 de agosto, a empresa Prosac Produtos S.L., apresentou uma reclamação da sua não inclusão na lista de concorrentes, apesar de considerarem ter apresentado proposta no dia 11 de julho. Para comprovar a sua pretensão juntaram os seguintes documentos:
- Arquivo *.xml de apresentação da oferta n.º 929352;
 - Resumo dos selos temporais com validação cronológica utilizados na apresentação da oferta, e
 - Captura de tela do provedor de selos temporais DigitalSign como prova de uso.



- Q. Perante o alegado, o júri solicitou informações aos Serviços Técnicos da plataforma SaphetyGov, que esclareceu o seguinte:

“Aos logs analisados, verificámos a execução das ações de anexação de documentos, guardar os aspetos de execução do contrato e a geração do formulário principal, que justificam a invocação e o consumo de selos temporais, contudo não vislumbra a ação da submissão da proposta.

Apurámos que as ações acima referenciadas foram executadas com êxito, contudo faltou a ação principal a submissão da proposta /acionamento do botão, «submeter», supomos que por desconhecimento do operador económico da sua concretização.

No referido período, não se verificaram situações de anomalia ou falhas temporárias imputáveis à SphetyGov.”

- R. Face às informações prestadas pelos serviços técnicos da plataforma, o júri concluiu que *“a Reclamante Prosac Productos S.L. não consta da lista de concorrentes na medida em que não foi finalizada a submissão da respetiva proposta na plataforma eletrónica.”*

- S. Por sua vez, o concorrente Ziv Aplicaciones y Tecnologias S.L., veio pronunciar-se em sede de audiência prévia alegando que:

“Gostaríamos de solicitar que a adjudicação deste procedimento seja revista para confirmar que o licitador bem sucedido cumpre a premissa de fazer entregas do primeiro equipamento durante o ano de 2022.

Sendo este concurso realizado com base nas regras da União Europeia entendemos que o financiamento do projeto só será possível se as entregas forem feitas a partir do ano inicial do contrato (2022) e que, por isso, o licitador vencedor deve fazer entregas antes do final de dezembro de 2022.”

- T. Sobre a questão foi entendimento do júri que:

“A este respeito, importa ter presente que o prazo deste fornecimento é de 30 meses, com início após a concessão do visto prévio do respetivo contrato, sendo que deverão ocorrer 5 (cinco) entregas com periodicidade semestral.

Conforme dispõe o n.º 3 da cláusula quinta do Caderno de Encargos, a composição de cada entrega será confirmada pela EEM ao adjudicatário através do envio de Ordem de Compra, sendo a primeira efetuada logo após a celebração do contrato e as restantes no mínimo com a antecipação de 3 meses do prazo de entrega, devendo o Adjudicatário confirmar a encomenda no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis após a sua receção.

Na verdade, este fornecimento encontra-se abrangido e será financiado pelo Plano de Recuperação e Resiliência (PRR), no âmbito do investimento TC-C14-i02: Potenciação da eletricidade renovável no Arquipélago da Madeira (vertente de desenvolvimento de redes inteligentes), estando o seu prazo de conclusão previsto para o quarto trimestre de 2025.

Daqui decorre que a primeira entrega só ocorrerá depois de o contrato em causa se encontrar visado, de modo que, presentemente, o júri não dispõe de elementos suficientes para concluir a data precisa em que aquela terá lugar.”

- U. Analisadas, nos termos transcritos, as questões suscitadas, o júri, na sua reunião de 12 de setembro de 2022, deliberou manter a proposta de adjudicação anteriormente tornada pública.
- V. Perante aquela proposta, o Conselho de Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A., decidiu, por deliberação de 14 de setembro de 2022, adjudicar o contrato de fornecimento de contadores inteligentes e concentradores de dados PLC à empresa *Kaifa Technology Netherlands B.V.*, pelo preço de 5 136 567,50€ (s/IVA).
- W. A generalidade dos documentos técnicos, de apresentação obrigatória, que instruíam a proposta apresentada pelo concorrente *Kaifa Technology Netherlands B.V.*, encontravam-se redigidos em língua inglesa, desacompanhados da necessária tradução legalizada ou não legalizada.
- X. A empresa adjudicatária não apresentou a totalidade dos documentos de habilitação exigidos, apresentando, ainda, alguns deles, especificidades face à legislação portuguesa aplicável.

Y. CONTRADITÓRIO

Em sede de verificação preliminar, foi a EEM, S.A. instada a 16 de fevereiro de 2023, através do nosso ofício n.º 731, a pronunciar-se, entre outras, sobre as seguintes questões (sic):

- d) *Se demonstre que o esclarecimento solicitado pelo júri ao concorrente Kaifa Technology Netherlands B.V., relativamente ao prazo de vigência do contrato constante da sua proposta, respeita os limites impostos pela parte final do n.º 2 do artigo 72.º do CCP;*
- e) *Considerando o disposto nos artigos 373.º e seguintes do Código Civil e no artigo 703.º do Código de Processo Civil, se demonstre que as assinaturas apostas na garantia bancária apresentada pelo adjudicatário se encontram exaradas ou autenticadas, por notário ou outras entidades ou profissionais com competência para tal;*
- f) *Atentas as especificidades dos documentos de habilitação apresentados (veja-se o que aparenta ser o certificado do registo criminal do administrador (nada constando quanto a tal certificado relativamente à empresa) e aos documentos relativos à situação contributiva) se comprove que são esses, e só esses, os documentos que podem ser apresentados, para esses efeitos, pelo Reino dos Países Baixos.*

Na sua resposta, trazida ao conhecimento do Tribunal a coberto do requerimento n.º 36/2023 de 31 de março, veio aquela empresa alegar o seguinte:

“d) A EEM-Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A., aquando da abertura das propostas, deparou-se com uma ambiguidade nos documentos da proposta do adjudicatário. Na verdade, apesar da indicação de preço diverso no documento intitulado “Proposta de Preço I, Anexo I”, o então concorrente, ora cocontratante, fez constar da sua “Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos” uma declaração, “sob



compromisso de honra, [de] que a sua representada se obriga a executar o referido contrato em conformidade com o conteúdo do mencionado caderno de encargos, relativamente ao qual declara aceitar sem reservas”.

Tendo em consideração que “[a] solicitação de esclarecimentos é um poder discricionário do júri, que contudo – e de acordo com as regras gerais do correto exercício da discricionariedade –, deve ser exercido sempre que o teor da proposta se apresente ambíguo ou obscuro e, em geral, sempre que suscite dúvidas que a prestação de esclarecimentos possa dissipar (“poder – dever”)¹ entendeu-se dever solicitar o esclarecimento ao concorrente, de modo a precisar aquele aspeto menos claro da sua proposta.

Por esclarecimento prestado na data de 22 de agosto de 2022, o concorrente veio esclarecer, conforme se transcreve que:

“A N/ proposta prevê um prazo de vigência do contrato de 30 meses, em conformidade com o n.º 1 da Cláusula 5.ª do Caderno de Encargos e com o n.º 6 do Artigo 5.º do Programa do Procedimento, bem como com a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos incluída na nossa proposta.

No documento da N/Proposta de Preço (Anexo I), está declarado que a Kaifa Technology Netherlands B.V. poderia concluir a execução do contrato no prazo global de 360 dias. O significado desta frase é de que a Kaifa Technology Netherlands B.V. detém as capacidades técnicas, financeiras, produtivas e logísticas para fornecer todos os equipamentos propostos num prazo de 360 dias. Numa segunda análise, entendemos que a formulação da frase em questão se trata de um lapso do N/lado, uma vez que o declarado poderia induzir que a N/proposta seria pela execução do contrato em 360 dias, o que não é o caso porque iria contrariar a N/declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos. Apresentamos as nossas sinceras desculpas pelo lapso involuntário.

Assim sendo, confirmamos pela presente notificação que a N/proposta prevê um prazo de vigência do contrato de 30 meses em conformidade com a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos.”

Face ao esclarecimento prestado pelo concorrente, considerou-se ter ficado suficientemente dilucidada a ambiguidade detetada na proposta, permitindo ao Júri “confirmar o entendimento menos claro que dela já deflui”², tudo dentro dos limites prescritos na lei e, em particular, na parte final do n.º 2 do artigo 72.º do CCP, segundo o qual os esclarecimentos fazem parte integrante das propostas, “desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respetivos atributos, nem visem suprir omissões que determinem a sua exclusão a sua exclusão nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º.”

Do esclarecimento prestado não resultou, nem poderia, neste caso, resultar a alteração ou o completar de atributos da proposta, uma vez que o critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa na modalidade monofator, tendo em conta o mais baixo preço (cfr. artigo 13.º do Programa do Procedimento), e o esclarecimento solicitado não incidiu sobre o preço da proposta (atributo único no presente procedimento).

Nesta sequência, uma vez que não estava em causa a omissão de indicação de qualquer aspeto exigido pelas peças do procedimento, o esclarecimento sobre a proposta não poderia, igualmente, ter por efeito “suprir omissões que determina[sssem] a sua exclusão nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º.” (cf. Artigo 72.º, n.º 2, do CCP, in fine).

Assim, ao nível dos limites impostos pelo artigo 72.º, n.º 2, do CCP, restaria apenas a hipótese de os esclarecimentos contrariarem os elementos constantes dos documentos que constituem a proposta, o que também não sucedeu.

¹ Cf. Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021, p.831.

² C.f. Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, Volume II, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, P.197.

Com efeito, atendendo desde logo à ambiguidade acima assinalada, dificilmente o esclarecimento poderia contrariar um aspeto cujo sentido se afigura, numa primeira leitura, menos claro ou não unívoco. Em todo o caso, sem prejuízo de tal poder, em abstrato, suceder, o certo é que, no caso em apreço, não se verificou uma contradição do tipo assinalado. O esclarecimento prestado antes permitiu aclarar, para lá de qualquer dúvida, o sentido da declaração contida nos documentos da proposta.

Por outro lado, ainda nesta linha, atentou-se, também, ao que resultou do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 29/03/2012, no âmbito do processo n.º 08538/12, cuja interpretação é, em N/opinião, aplicável ao caso em apreço e que se passa a citar:

“Havendo dúvidas sobre o prazo de execução de trabalhos, o júri deve solicitar os esclarecimentos necessários, e não excluir desde logo a proposta. No que toca ao fundamento da exclusão atinente ao prazo de execução da obra, a apontada discrepância na referência ao prazo, constituindo um mero erro material ou lapso de escrita, daria antes lugar a pedido de esclarecimento, permitindo a correção do erro à concorrente.

Quanto ao prazo de execução da obra o tribunal “a quo” entendeu que a Autora, na sua proposta, se comprometera a respeitar o prazo de 730 dias, e não outro, estando, assim, conforme com o Caderno de Encargos e Programa do Concurso, não obstante o lapso decorrente da indicação de 522 dias no Plano de Trabalho, que deve ser considerado o mero lapso cuja relevância se não vislumbra para efeitos de exclusão da Autora. Atenta a globalidade da proposta, a interpretação da declaração emitida pela Autora deve ser efetuada de acordo com as regras de interpretação negocial previstas no artigo 236.º do Código Civil, de acordo com as quais a declaração vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento de um declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.”

E, ainda, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 19/02/2021, no âmbito do processo n.º 731/20.9BELSB, que parte se transcreve:

“1. A exclusão de uma proposta reduz a concorrência. Logo as hipóteses de exclusão das propostas devem ser reduzidas ao mínimo necessário, de forma a garantir o mais amplo possível leque de propostas.

2. Este mínimo necessário traduz-se, precisamente, em apenas permitira a exclusão nos casos expressos previstos na lei (tipificação dos casos de exclusão) e interpretar estas normas de forma restritiva e não extensiva e, menos ainda, analógica.

3. No caso de concurso em que o critério de adjudicação é o do mais baixo preço, apenas o preço constitui atributo da proposta pois é o único “aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos” (artigo 56.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos).

(...) 5. Ainda que as faltas detetadas - não relativas ao preço - fossem relevantes para o controle da execução do contrato, não seriam omissões insupríveis e relevantes para efeitos de exclusão da proposta.

6. Isto porque podiam - e deviam - ser pedidos esclarecimentos sem que daí resultasse necessariamente qualquer alteração ou reformulação da proposta no seu todo. E sendo certo que, inequivocamente no caso concreto, apenas o preço era atributo das propostas, submetido à concorrência, e não a forma de execução.”

Importa, por outro lado, notar que, caso fosse de excluir a proposta do concorrente e, conseqüentemente, reduzir-se o leque de propostas e a concorrência, a disparidade, relativamente ao preço apresentado pelo adjudicatário, comparativamente ao preço apresentado pelo concorrente colocado em segundo lugar, seria de 651.582,50€ (seiscentos e cinquenta e um mil, quinhentos e oitenta e dois euros e cinquenta cêntimos).

Além disso, é de registar que o assinalado ponto da proposta do concorrente Kaifa não foi objeto de reclamação por parte dos demais participantes no procedimento, o que sem dúvida reforça o seu caráter de aspeto impreciso.



12-

Em todo o caso, sublinhe-se, não se tratou, na situação em apreço, de desconsiderar uma causa jurídica de exclusão da proposta do concorrente Kaifa Technology Netherlands B.V. com fundamento na circunstância de se tratar da proposta economicamente mais vantajosa.

Como se viu, o esclarecimento prestado não teve por efeito afastar qualquer vício da proposta do referido concorrente que conduziu à sua exclusão. Longe dessa hipótese, os esclarecimentos “podem ser usados (...) para supressão de dúvidas que o júri criou em virtude da obscuridade de algum documento constitutivo da proposta”³. Isto porque “os esclarecimentos são isso mesmo, algo (uma informação, uma explicação, etc.) destinado a aclarar, a tornar claro, congruente ou inequívoco, um elemento que na proposta estava (ou parecia estar) apresentado ou formulado de modo pouco claro ou menos apreensível, não percebendo o júri (ou não percebendo ele seguramente) o que aqui se queria dizer. Ou então (...), no caso de as expressões da proposta poderem ser entendidas em mais de um sentido. (...) O esclarecimento há-de assim ter por escopo a melhor compreensão de um qualquer aspeto ou elemento da proposta.”⁴

Em nossa modesta opinião, era, neste caso, dever do Júri solicitar o referido esclarecimento, uma vez que “os princípios do favor do favorecimento e da concorrência demandam que o disposto no art.º 72.º, n.º 1 do CCP assome como um poder-dever e não como a atribuição de uma verdadeira discricionariedade de ação, ao ponto de persistindo dúvidas quanto ao sentido como se encontra descrito na proposta um termo ou condição o júri se exima de exercer o seu poder de pedir esclarecimentos e exclua a proposta apresentada.”⁵

“e) De acordo com o estabelecido no n.º 1 do artigo 19.º do Programa do Procedimento, “[o] adjudicatário dever[ia] prestar caução, nos termos do disposto nos artigos 88.º e seguintes do CCP, no valor de 2% (dois por cento) do preço contratual, com exclusão do Imposto sobre o Valor Acrescentado”.

Mais se determinou que “[a] caução poder[ia] ser prestada por depósito em dinheiro ou mediante garantia bancária ou seguro-caução, de acordo com os respetivos modelos constantes dos ANEXO III, ANEXO IV e ANEXO V ao presente Programa do Procedimento” (cf. artigo 19.º, n.º 4, do Programa do Procedimento).

Estabeleceu-se, ainda, quanto à caução por depósito em dinheiro ou em títulos, que este deveria ser “efetuado em Portugal, em qualquer instituição de crédito, á ordem da entidade que for indicada pela EEM, devendo ser especificado o fim a que se destina” (cf. n.º 6 do artigo 19.º do Programa do Procedimento).

No que respeita à caução mediante garantia bancária ou ao seguro caução, apenas se exigiu que as condições daqueles “não pod[iam], em caso algum, resultar numa diminuição das garantias da EEM, nos moldes em que são asseguradas pelas outras formas admitidas de prestação da caução” (cf. artigo n.º 7 do 19.º do Programa do Procedimento).

As normas citadas refletem, de resto, o regime (imperativo) previsto no artigo 90.º do CCP para o modo de prestação da caução. Quanto ao mais, por exemplo, no que toca à prestação da caução através da emissão de uma garantia bancária, esta rege-se-á, ainda, pelas normas da jurisdição em que seja emitida, designadamente quanto a requisitos de forma.

Neste caso, o adjudicatário prestou caução através da emissão de uma garantia bancária, no valor de 102.731,35€ (cento e dois mil, setecentos e trinta e um euros e trinta e cinco cêntimos), que obedece ao disposto no artigo 19.º do Programa do Procedimento e, bem assim, ao modelo constante do Anexo IV ao mesmo documento conformador do procedimento.

³ Cf. Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, p. 196.

⁴ Cf. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 601 e 602.

⁵ Cf. Acórdão do TCAN de 21/05/2021, prolatado no âmbito do processo n.º 01960/20.0BEPRT, citando a sentença recorrida, que, em todo em caso, confirmou.

Conforme decorre do texto da referida garantia bancária, esta foi emitida em 5 de outubro de 2022, a favor da EEM, pelo "Banco BNP Paribas SA, estabelecido em Paris, França, atuando para este propósito através da sua agência nos Países Baixos, com sede em Herengracht 595, 1017 CE, Amesterdão, Países Baixos".

Deste modo, como referido, além de dever cumprir o disposto no artigo 19.º do Programa do Procedimento e obedecer ao modelo constante do Anexo IV, a garantia bancária está ainda sujeita a eventuais requisitos de forma exigidos na jurisdição onde foi emitida, isto é, na lei neerlandesa.

Consequentemente, no que respeita à questão de saber se "as assinaturas apostas na garantia bancária apresentada pelo adjudicatário se encontram exaradas ou autenticadas, por notário ou outras entidades ou profissionais com competência para tal", não será aqui aplicável o disposto na lei portuguesa, nomeadamente, nos artigos 373.º e seguintes do Código Civil e no artigo 703.º do Código de Processo Civil.

Sem prejuízo do exposto, a benefício da demonstração solicitada e compreendendo a ratio inerente às citadas disposições da lei portuguesa, junto se remetem os documentos necessários a comprovar que, em qualquer caso, as preocupações tipicamente subjacentes ao reconhecimento das assinaturas se encontram acauteladas na presente situação.

Por um lado, o banco emitente BNP Paribas SA, Sucursal dos Países Baixos ("BNPP NIL"), veio atestar que "a garantia com a carta de apresentação G2210NL000547735 junta (Anexo) foi devidamente assinada em nome do BNP Paribas SA, Sucursal dos Países Baixos" (cf. tradução devidamente certificada e apostilhada da Declaração emitida pelo BNPP NL, cujas assinaturas dos respetivos subscritores se encontram autenticadas, e se junta como "doc. n.º 4 - Declaração BNPP NL").

Para este efeito, envia-se igualmente o documento correspondente à Certidão do Registo Comercial do Banco BNPP NL, no qual se pode comprovar que os subscritores da garantia bancária apresentada pelo adjudicatário (Maria Zumalacarregui e Razvan Boanoro) detêm os poderes necessários à vinculação daquela instituição bancária no que respeita "ao estabelecimento de garantias e letras de crédito" (cf. tradução devidamente certificada da Certidão do Registo Comercial do BNPP NL, que se junta como "doc. n.º 5 - Registo Comercial BNPP NIL", p. 10).

Por outro lado, e sem prejuízo de se encontrar evidenciada a força vinculativa da garantia apresentada pelo adjudicatário, cabe referir, conforme também atestado pelo Banco BNPP NL, que, "[n]os termos da lei neerlandesa, as assinaturas são válidas sem que careçam de ser certificadas por um notário" (cf. "doc. n.º 4 - Declaração BNPP NIL").

Significa isto que, na eventualidade de a EEM ter de executar a garantia prestada junto de um tribunal neerlandês isto, naturalmente, perante um cenário-limite de incumprimento das obrigações contratuais pelo cocontratante e de posterior recusa do Banco BNPP NL, quando interpelado para tal, em pagar o montante garantido à primeira solicitação —, a mesma será plenamente executável (ou, na expressão anglo-saxónica, enforceable), sem que possam ser suscitados vícios relativos à sua força vinculativa pela circunstância de as assinaturas dos respetivos subscritores não se encontrarem autenticadas.

Esta conclusão surge, também, confirmada pelo Parecer Jurídico ("Legal Opinion") emitido pela "Baat Legal Services, B. V.", no qual se esclarece que "[a] garantia bancária não está legalmente definida no direito neerlandês, o que significa que também não existem requisitos específicos previstos por lei para a constituição de uma garantia bancária. Portanto, não é obrigatório que nas garantias bancárias emitidas por um banco neerlandês, as assinaturas sejam autenticadas por um notário, de acordo com o direito neerlandês, para além do reconhecimento de assinaturas não ser uma prática comum nos Países Baixos". Conclui-se, assim, que "[a] simples aposição de assinaturas é suficiente para que uma garantia bancária seja válida perante um tribunal neerlandês" (cf. tradução devidamente certificada da "Legal Opinion" emitida pela "Baat Legal Services, B.V.", que se junta como "doc. n.º 6 - Legal Opinion").



Em suma, de acordo com o direito aplicável, as assinaturas apostas na garantia apresentada pelo adjudicatário não necessitam de se encontrar exaradas ou autenticadas por notário ou outras entidades ou profissionais com competência para tal. Sem prejuízo dessa circunstância, junto se enviam os documentos necessários a comprovar tais qualidades, por referência à ratio subjacente às situações às quais fosse aplicável a lei portuguesa, em particular os artigos 373.º e seguintes do Código Civil e no artigo 703.º do Código de Processo Civil.”

“f) No que respeita à situação contributiva, o adjudicatário apresentou os documentos “1d. e) artigo 55 CCP – Documento Impostos Kaifa NL_POR_esign” e “1c. d) artigo 55 CCP – Documento Segurança Social Kaifa NL_esign”.

O documento “1d. e) artigo 55 CCP – Documento Impostos Kaifa NL_POR_esign” corresponde a uma declaração emitida pela “Belastingdienst” (designada, na tradução apresentada por “Administração Fiscal” ou “Autoridade Tributária e Aduaneira”), através da qual esta atestou “que não existem impostos pendentes por liquidar ou outros créditos por cobrar relativamente à KAIFA TECHNOLOGY NETHERLANDS B.V.”.

De sua vez, no documento “1c. d) artigo 55 CCP – Documento Segurança Social Kaifa NL_esign”, esclareceu-se que a Kaifa Technology Netherlands B.V. “não tem trabalhadores no seu quadro e por este motivo está isenta de apresentar a Declaração de Não-Dívidas à Segurança Social e a Apólice de Seguro de Acidentes de Trabalho”.

Sem prejuízo desta especificidade, cumpre agora, para total diluição da questão colocada, salientar que o regime das declarações de não dívida no Reino dos Países Baixos é algo distinto do português. Com efeito, “[o] artigo 1.1.12 das Orientações para a Cobrança de Impostos nos Países Baixos em 2008 (em neerlandês: “Leidraad Invordering 2008”), que contém as regras da Autoridade Tributária, estipula que a pedido do interessado ou do seu representante autorizado, a Autoridade Tributária neerlandesa emitirá uma declaração (Declaração de cumprimento das obrigações fiscais) sobre o comportamento de pagamento do interessado. A declaração abrange dívidas fiscais formais ou outros créditos em nome do interessado cuja cobrança tenha sido atribuída às autoridades tributárias aquando da emissão da declaração”.

“Com uma “Declaração de cumprimento das obrigações fiscais” emitida pela Autoridade Tributária dos Países Baixos à Kaifa Technology Netherlands B.V., estabelecem-se que não existem quaisquer liquidações formais de impostos ou outros créditos do cobrador de impostos pendentes em nome da empresa”.

“As liquidações fiscais acima referidas incluem, entre outros: impostos sobre os rendimentos (impostos sobre os salários, contribuições para a segurança social, contribuições para os seguros dos trabalhadores e contribuições para os seguros de saúde relacionados com os rendimentos), IVA e imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas”.

“Como tal, a autoridade tributária neerlandesa trata de impostos estrangeiros relacionados com empresas, incluindo o IRC, o IVA e as contribuições para a segurança social”.

Em face do exposto, “[u]ma declaração da autoridade tributária neerlandesa que ateste que uma empresa cumpriu com as suas obrigações fiscais formais inclui as contribuições para a segurança social” (cf. Doc n.º 6 – Legal Opinion).

O modo de funcionamento do sistema fiscal/contributivo neerlandês surge, de resto, explicitado na página do “Government of the Netherlands” acessível em: <https://www.government.nl/topics/taxation-and-businesses/salaries-tax-and-social-insurance-contributions>.

Em suma, sem prejuízo da especificidade inerente à ausência de trabalhadores da Kaifa Technology Netherlands B.V. (como referido por esta), a declaração apresentada pelo adjudicatário, emitida pela “Administração Fiscal” neerlandesa, abrange, também, se for caso disso, os créditos respeitantes às contribuições para a segurança social, que são geridos pela mesma entidade administrativa.

No que respeita ao certificado do registo criminal da Kaifa Technology Netherlands B.V., face à questão colocada, constatou-se agora que o mesmo não havia sido entregue pelo adjudicatário, tendo a EEM, nesta sequência, questionado aquela sociedade sobre a sua eventual existência – que se verifica (...)

Conclui-se que, tanto a respeito do adjudicatário (pessoa coletiva), como do titular do órgão de gerência/administração em efetividade de funções, estão exibidos os “[d]ocumentos comprovativos de que não se encontra[m] nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e h) do n.º 1 do artigo 55.º” (cf. Artigo 81.º, n.º 1, alínea b), do CCP) e que, como tal, a Kaifa Technology Netherlands B.V. não se encontra impedida de participar no procedimento ou de executar o contrato, estando assegurada a sua idoneidade.

Tendo agora em conta que, nos termos do artigo 104.º, n.º 1, alínea b), do CCP, a outorga do contrato não poderia ter lugar antes de “[a]presentados todos os documentos de habilitação exigidos”, requer-se muito respeitosamente a V. Exas. a consideração do disposto no artigo 283.º, n.º 4, do CCP, que prevê a possibilidade de afastar o efeito anulatório da eventual invalidade consequente do contrato – se for caso disso -, à luz da proporcionalidade e da boa-fé.

Efetivamente, no contexto (i) da importância da execução do presente contrato integrado em projeto com participação atribuída no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência, (ii) da entrega de todos os documentos de habilitação exigidos e (iii) atentas, como referido na questão colocada e como se viu, as especificidades dos documentos de habilitação apresentados, pode revelar-se contrário à proporcionalidade o não afastamento do efeito anulatório da eventual invalidade consequente do contrato.

Ademais, quando não resultou desta situação qualquer prejuízo para a dinâmica concursal do procedimento nem para os interesses financeiros da Região (e do Estado) – pelo contrário, o preço apresentado pelo concorrente colocado em segundo lugar seria superior em 651.582,50€ (seiscentos e cinquenta e um mil, quinhentos e oitenta e dois euros e cinquenta cêntimos).

Sublinhe-se que não se trata de desconsiderar um impedimento da entidade adjudicatária com fundamento nas circunstâncias expostas. Como referido, a tudo isto acresce a entrega de certificado do registo criminal da Kaifa Technology Netherlands B.V..

Conforme sublinha a Doutrina, “o n.º 4 do artigo 283.º confere ao juiz [...] a possibilidade de proceder a uma ponderação fundada num juízo iminentemente consequencialista, para o efeito de decidir se o contrato deve ser mantido apesar da sua invalidade”⁶.

A conceção inerente a este regime “assenta no pressuposto de que, no momento em que se define uma determinada regra de direito e prescreve uma sanção para o seu incumprimento, o legislador formula um juízo quanto à repartição dos benefícios e custos sociais inerentes a tais determinações, o qual não pode ser ignorado, a posteriori, quando o juiz as aplica ao caso concreto, em função das circunstâncias que o configuram. Se nesse momento verificar que o prejuízo que resultaria da aplicação dessa sanção para os diferentes interesses em presença se revela excessivo ou desmedido, tendo em conta a utilidade associada ao respeito da regra violada, o juiz deve abster-se de se pronunciar pela eliminação da ordem jurídica do ato lesante”⁷. No fundo, a possibilidade de afastamento do efeito anulatório do contrato precedido por um ato procedimental anulado, previsto pelo legislador no comando acima transcrito, “visou, fundamentalmente, transpor para o nosso ordenamento jurídico aquele mecanismo de controlo, introduzindo uma cláusula de salvaguarda que permita evitar que o reconhecimento da invalidade contratual consequente possa redundar numa violação do princípio da proporcionalidade, na sua dimensão da proibição do excesso”⁸, por um lado, e, por outro, tendo o legislador

⁶ Cf. Mário Aroso de Almeida, “Ilegalidades pré-contratuais e afastamento do efeito anulatório do contrato público”, in Revista de Contratos Públicos, n.º 29, 2022, pp. 26-27.

⁷ Cf. Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, p. 906.

⁸ Cf. Carlos Cadilha/António Cadilha, *O Contencioso Pré-Contratual e o Regime da Invalidade dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 279.



também erigido em parâmetro de controlo o princípio da boa-fé, "determinando que o peso e legitimidade das expectativas postas pelo cocontratante da Administração na permanência da relação contratual constituam um fator relevante na formulação desse juízo"⁹.

Em suma, na hipótese de se considerar que se verifica uma invalidade contratual decorrente da não entrega atempada de um documento de habilitação, e tendo em consideração tudo o acima exposto acerca dos interesses em presença no caso concreto, bem como a circunstância do documento existir (e de estar, assim, comprovada a idoneidade do adjudicatário), requer-se muito respeitosamente V. Exas. que, à luz da proporcionalidade e da boa-fé, seja relevado o efeito anulatório por parte da jurisdição financeira, concedendo-se o visto prévio ao contrato submetido pela EEM, nos termos da aplicação analógica do artigo 283.º, n.º 4, do CCP."

Uma vez que os esclarecimentos trazidos ao processo, não se mostraram suficientes para dissipar todas as dúvidas relativas ao procedimento em análise, foi o correspondente processo de novo devolvido à EEM, S.A., através do meu despacho n.º 6/2023-FP/SRMTC de 11 de abril, a fim de que aquele serviço:

- Comprovasse que da proposta apresentada pelo concorrente *Kaifa Technology Netherlands B.V.*, constava, devidamente preenchido, o Documento Europeu único de Contratação Pública (DEUCP);
- Demonstrasse que os documentos que constituíam a proposta apresentada pelo ora adjudicatário, cumpriam, à data da entrega dessa proposta, o exigido no artigo 8.º do programa do procedimento;
- Compatibilizasse o disposto na cláusula décima sétima do contrato ora submetido a fiscalização prévia com o previsto no documento emitido pelo Banco BNP PARIBAS, em 14 de março de 2023, quando afirma a jurisdição exclusiva dos competentes tribunais do Reino dos Países Baixos para as questões ou litígios emergentes da execução da caução prestada pelo adjudicatário;
- Justificasse a aceitação pela entidade adjudicante, como documento de habilitação, de um certificado do registo criminal do administrador da empresa *Kaifa Technology Netherlands B.V.*, emitido pelas autoridades de Hong Kong, quando, de acordo com as explicações agora trazidas ao processo, tal documento não parecia estar de acordo com as pertinentes normas neerlandesas.

Na sua resposta, entrada neste Tribunal a 28 de abril p.p., a coberto do seu requerimento n.º 43/2023, a EEM, SA. veio alegar o seguinte:

" 1) Junta-se o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), submetido pela Kaifa Technology Netherlands B.V. o qual, salvo melhor opinião, se encontra devidamente preenchido.

2) Em face da questão colocada, constatou-se que a proposta apresentada pelo concorrente Kaifa Technology Netherlands B. V., ora cocontratante, contém alguns documentos de carácter técnico redigidos em língua inglesa, que não terão sido acompanhados da respetiva tradução. Uma vez que, em linha com o disposto no artigo

58.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos ("CCP"), habitualmente, os programas do procedimento adotados pela EEM permitem a apresentação desse tipo de documentos em língua inglesa,

⁹ Cf. Carlos Cadilha/António Cadilha, *ob. cit.*, p. 275.

independentemente da entrega da respetiva tradução, a análise das propostas no âmbito do presente concurso terá obedecido a esse parâmetro comum.

Por outro lado, o sucedido decorrerá igualmente da circunstância de a referida apresentação de documentos de carácter técnico em língua inglesa não ter "torn[ado] o seu conteúdo inacessível para o júri, [não] condicionando assim a tarefa de análise e avaliação da proposta" (cfr. Pedro Fernández Sánchez, Direito da Contratação Pública, vol. II, AAFDL, 2020, p. 116). Com efeito, o exercício de verificação da conformidade da proposta do ora cocontratante com o exigido nos documentos do procedimento não foi dificultado pela circunstância de essa análise abranger documentos redigidos em língua inglesa, o que, de resto, explica que seja essa a prática habitualmente seguida pela EEM, dispensando adicionais formalidades não essenciais.

Assim, do ponto de vista da proporcionalidade a que a entidade adjudicante deve obediência (cfr. artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP), afigurar-se-ia excessiva a decisão de exclusão da proposta do ora contratante com fundamento na apresentação de alguns documentos de carácter técnico em língua inglesa, que em momento algum implicou uma análise menos rigorosa da conformidade da aludida proposta com os requisitos substanciais exigidos nos documentos do concurso a respeito dos equipamentos a fornecer.

Ademais e por fim, tais circunstâncias não seriam igualmente de molde a comprometer a observância do princípio da concorrência, já que, além de os demais concorrentes não terem suscitado a questão, o próprio legislador veio, na redação do CCP atualmente em vigor, esclarecer que a não junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira corresponde a uma irregularidade formal cujo suprimento pode ocorrer a posteriori (cfr. artigo 72.º, n.º 3, alínea b), do CCP, na redação em vigor) — o que pressupõe claramente uma ponderação legislativa de que o respeito pelos princípios aplicáveis à contratação pública, nomeadamente o da concorrência, se presume atendido.

3) Salvo o devido respeito por diversa opinião, a aludida carta do Banco BNP PARIBAS, datada de 14/03/2023, junta com a nossa resposta ao último pedido de esclarecimentos, não parece referir que "as questões ou litígios emergentes da execução da caução" serão da jurisdição exclusiva dos tribunais do Reino dos Países Baixos. Na verdade, afigura-se-nos que aquela carta teve apenas em vista comprovar a qualidade e suficiência dos poderes dos outorgantes e a validade da garantia, uma vez que, através daquela, reafirmou-se não ser exigido, pela lei neerlandesa, qualquer outra formalidade.

No que concerne à reserva de jurisdição, a mencionada carta refere, apenas que "Telsta carta será regida e interpretada de acordo com as leis dos Países Baixos. Qualquer questão ou litígio decorrentes ou relacionados com a presente carta serão submetidos à exclusiva jurisdição dos tribunais competentes dos Países Baixos" — sublinhado nosso.

Porque assim, propendemos no sentido de que a reserva de jurisdição se limita àquela carta, em concreto e à sua interpretação, mas não à garantia per se. Ademais, tal reserva de jurisdição não consta da própria garantia emitida.

Aliás, em nossa modesta opinião, a execução da garantia na jurisdição neerlandesa não evidenciaria qualquer incompatibilidade com o disposto na cláusula 1 7.º do contrato, porquanto, tal eventual litígio não decorreria primariamente do presente contrato.

Na verdade, os litígios emergentes do presente contrato correspondem, v.g., aos que resultem do incumprimento de obrigações por parte do cocontratante. No caso específico de um eventual litígio decorrente da execução da garantia bancária, está-se perante um pleito emergente do incumprimento de uma obrigação por um terceiro (o garante), quando interpelado pelo credor para satisfazer um crédito que o devedor primário não satisfaz voluntariamente. Há, por isso, entre credor e garante (a instituição bancária) uma relação jurídica distinta da que se estabeleceu entre o credor e o devedor (o cocontratante).

Caso assim não se entendesse, estar-se-ia, de resto, a impor uma restrição injustificada da concorrência, porquanto o Direito Europeu (e o nacional, em conformidade com aquele) admite a participação, em



procedimentos de contratação pública, de entidades sediadas em países distintos daquele onde é tramitado o procedimento (e será executado o contrato), que naturalmente se poderão dirigir a instituições bancárias daquele mesmo Estado (ou de outro) para efeitos de apresentação da garantia bancária exigida — instrumento tipicamente sujeito às normas da jurisdição onde é emitido.

Assim sendo, o entendimento segundo o qual a sujeição da execução do contrato à lei portuguesa impede que os eventuais litígios emergentes da execução da garantia bancária possam ser dirimidos na jurisdição a que tal instrumento se encontra sujeito corresponde, na prática, a afirmar-se que um concorrente sediado em país estrangeiro enfrenta adicionais requisitos na participação num procedimento de contratação pública tramitado em Portugal — conclusão que, ressalvado sempre o devido respeito por diferente opinião, se afigura visivelmente contrária ao sistema e em particular aos princípios que, ao nível da União Europeia, enformam a contratação pública.

4) J Os esclarecimentos prestados pela EEM, em 30 de março p.p., no que concerne a certificados do registo criminal, dizem apenas respeito ao documento referente à pessoa coletiva Kaifa Technology Netherlands B. V. (emitido no Reino dos Países Baixos), na sequência da questão colocada especificamente a esse propósito.

No que concerne ao certificado do registo criminal referente ao administrador da sociedade Kaifa Technology Netherlands B.V., emitido pelas autoridades de Hong Kong, foi oportunamente entregue com os demais documentos de habilitação e acompanhado da respetiva tradução, sem que se vislumbre em que medida possa não estar conforme com as normas neerlandesas a que eventualmente esteja sujeito.”

*

II.2 - FUNDAMENTOS DE DIREITO

1ª QUESTÃO: os esclarecimentos solicitados ao concorrente *Kaifa Technology Netherlands, B.V.*

O artigo 72.º do CCP, sob a epígrafe “*Esclarecimentos e suprimimento de propostas e candidaturas*”, dispõe o seguinte:

“1 – O júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para o efeito da análise e da avaliação das mesmas.

2 – Os esclarecimentos apresentados pelos respetivos concorrentes fazem parte integrante das mesmas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respetivos atributos, nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do art.º 70.º.

3 – O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimimento de irregularidades formais das suas candidaturas e propostas que careçam de ser supridas, desde que tal suprimimento não seja suscetível de modificar o respetivo conteúdo e não desrespeite os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência, designadamente:

a) A não apresentação ou incorreta apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou da proposta, incluindo as declarações dos anexos i e v do presente Código ou o Documento Europeu Único de Contratação Pública;

b) A não junção de tradução em língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira;

c) A falta ou insuficiência da assinatura, incluindo a assinatura eletrónica, de quaisquer documentos que constituam a candidatura ou a proposta, as quais podem ser supridas, através da junção de declaração de ratificação devidamente assinada e limitada aos documentos já submetidos.

4 - O júri procede à retificação oficiosa de erros de escrita ou de cálculo contidos nas candidaturas ou propostas, desde que seja evidente para qualquer destinatário a existência do erro e os termos em que o mesmo deve ser corrigido.

5 – Os pedidos do júri formulados nos termos dos n.ºs 1 e 3, bem como as respetivas respostas, devem ser disponibilizados em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, devendo todos os candidatos e concorrentes ser imediatamente notificados desse facto.” (Os sublinhados são nossos).

A apreciação das propostas revela-se, no dizer de PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹⁰, como

“a tarefa central do procedimento – destinada a confirmar:

i) Primeiro, a suscetibilidade de adjudicação de cada proposta, tendo em conta a sua compatibilidade com as peças do procedimento e, em geral, com o bloco de legalidade vigente no ordenamento jurídico (operação de análise das propostas);

ii) Só depois, a performance ou o mérito relativo de cada uma, tendo em vista a adjudicação da proposta mais atrativa para a necessidade de interesse público que justificou a decisão de contratar (operação de avaliação das propostas).”

É no sentido de munir o júri – entidade a quem compete a tarefa de apreciação das propostas – de todos os meios necessários à cabal interpretação dos elementos que compõem a proposta que o legislador permite que aquela entidade *ad hoc* possa, por iniciativa própria, solicitar aos concorrentes esclarecimentos que tornem claro ou perceptível o seu conteúdo.

E, “[E]sclarecimentos são algo que se destina a aclarar, explicitar, clarificar algum elemento da proposta que está ou parece estar enunciado de modo pouco claro, ou de não ser apreensível, ou unívoco, o sentido de uma expressão, dum aspeto ou elemento da proposta, na certeza de que para a atendibilidade do esclarecimento que se prenda com a interpretação de elemento/aspeto da proposta importa que o mesmo tenha nesta ainda uma normal, uma razoável correspondência verbal sob pena de se por em causa a concorrência e igualdade dos concorrentes.”¹¹

Com efeito, há que salvaguardar o princípio da imutabilidade ou da intangibilidade das propostas que tal faculdade concedida ao júri do procedimento, se encontra balizada nos termos previstos na parte final do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 72.º citado.

Assim, o n.º 2 do artigo 72.º, pretendendo regular em primeira linha os termos em que são aceitáveis os esclarecimentos a prestar pelos concorrentes a instâncias do júri, determina que os mesmos farão parte integrante da proposta, desde que:

i. Não contrariem os elementos constantes dos documentos que constituem a proposta;

¹⁰ In *Direito da Contratação Pública*, 2021 – Reimpressão, AAFDL Editora, Volume II, pág. 187.

¹¹ ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Norte (1.ª secção) de 6 de dezembro de 2013, proc. n.º 02363/12.6BELSB, citado por JORGE ANDRADE DA SILVA, in *Código dos Contratos Públicos, Anotado e Comentado*, 2021, 9.ª Edição, Almedina, pág. 345.



- ii. Não alterem ou completem os respetivos atributos;
- iii. Não visem suprir omissões que determinem a sua exclusão nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º.

Já o seu n.º 3, destinando-se a enquadrar os esclarecimentos a pedir pelo júri, vem determinar que esses esclarecimentos só podem destinar-se:

- i. Ao suprimento de irregularidades formais das propostas;
- ii. Que essas irregularidades careçam de ser supridas;
- iii. Que esse suprimento não seja suscetível de modificar o conteúdo da proposta; e
- iv. Que tal suprimento não desrespeite os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento.

Vejamos.

No caso, e como já se viu, o concorrente *Kaifa Technology Netherlands B.V.* apresentou, na sua proposta, um prazo de execução do contrato de 360 dias, contrariando o prazo de 30 meses para tal fixado no caderno de encargos pela entidade adjudicante.

Colocado perante tal facto, o júri descortinou, com vista a fundamentar um pedido de esclarecimentos, uma eventual contradição entre dois elementos da proposta apresentada: o prazo expressamente fixado pelo concorrente no anexo I à sua proposta e a declaração de aceitação do caderno de encargos também subscrita pelo concorrente.

Quanto ao valor da declaração de aceitação do caderno de encargos, a posição jurídica largamente dominante é a de que a mesma não é apta a fazer sanar desconformidades existentes entre a proposta e as peças do procedimento.

Assim, e conforme defendem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹², “*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 limite máximo ou mínimo, a proposta deve ser excluída, não servindo aquela declaração ou prevalência para a legitimar.*”

No mesmo sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹³, 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 derogam nesse concreto aspeto contratual.*”

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.

¹² In *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 934.

¹³ *Direito da Contratação Pública*, Volume II, AAFDL, Lisboa, 2020, pág. 258.



Conforme aponta LUÍS VERDE DE SOUSA¹⁴, “*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.*”

E, 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.*”

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*”.

Daqui decorre, então, uma primeira conclusão: não existia qualquer “*desarmonia*” (na expressão utilizada pelo júri) ou “*ambiguidade*” (qualificação atribuída pela EEM, S.A., no contraditório apresentado) entre os elementos da proposta suscetível de fundamentar o pedido de esclarecimentos, sustentando-o no artigo 72.º do CCP.

Tal como sustenta PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹⁵, os esclarecimentos “*podem ser usados, como antes, para a supressão de dúvidas que o júri criou em virtude da obscuridade de algum documento constitutivo da proposta; mas não podem ser usados para completar informações em falta que digam respeito a um elemento obrigatório da proposta, independentemente de este ser ou não submetido à avaliação: quer seja qualificado como atributo, quer seja qualificado como termo ou condição, tal elemento deve constar da versão inicial da proposta e é insuscetível de suprimento por qualquer esclarecimento posterior.*”

“*A isto acresce que, para reforçar a intangibilidade das propostas, o legislador introduz uma regra adicional, com um intuito iminentemente pragmático, destinado a inutilizar qualquer efeito prático de uma tentativa de fraude ao disposto no n.º 2 do artigo 72.º. Ainda que a entidade adjudicante pretendesse aceitar um esclarecimento contrário à proposta inicial – o que equivaleria a dizer que não estaria perante um verdadeiro «esclarecimento» -, sempre se verificaria que, no momento da celebração do contrato, tanto a proposta quanto os esclarecimentos teriam de estar integrados no contrato. Ora, nos termos do n.º 5 do artigo 96.º, a proposta sempre prevaleceria sobre quaisquer esclarecimentos que com ela fossem desconformes. Ou seja, caso o pretenso «esclarecimento» seja utilizado como expediente para alterar o conteúdo inicial da proposta, tal verdadeira modificação sempre se terá como não escrita.*”

¹⁴ “Uma Análise das Causas de Exclusão Respeitantes a Termos ou Condições das Propostas”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, página 19.

¹⁵ *Obra citada*, pág. 196.



“Por isso, tanto do ponto de vista dogmático quanto do ponto de vista pragmático, o disposto no n.º 2 do artigo 72.º constitui o limite ao conteúdo dos esclarecimentos a prestar pelos concorrentes, estando a entidade adjudicante (o júri) constituída no dever de não aceitar e não considerar quaisquer elementos que desrespeitem as balizas impostas pelo referido preceito.”

Conceito importante para a interpretação do artigo 72.º é o de “irregularidade formal”, conceito que, por antinomia, se define por referência ao de irregularidade material ou substantiva do seguinte modo: a regularidade da proposta depende da observância de exigências e limites de carácter material ou substantivo, impostos por lei ou pelas peças do procedimento (sobretudo, o caderno de encargos) e que balizam a formulação do conteúdo das propostas.

O caderno de encargos define aspetos da execução do contrato de forma taxativa e assinala parâmetros base, que não podem ser violados: a proposta que contenha elementos (atributos ou termos ou condições) em violação de disposições injuntivas do caderno de encargos, em violação da lei ou de princípios jurídicos aplicáveis sofre de irregularidade material ou de fundo.

O mesmo ocorre com a proposta a que faltem elementos de conteúdo (atributos ou termos ou condições) exigidos pela lei ou pelo programa do procedimento ou cujo conteúdo vai implicar a violação de vinculações legais. Neste caso, em analogia com o ato administrativo, a proposta padece de vício de violação de lei. Salvo no caso da alínea g), o n.º 2 do artigo 70.º, indica vícios de fundo ou irregularidades materiais da proposta.”

Assim sendo, o que existia era uma proposta que deveria ter sido excluída pelo júri nos termos do artigo 70.º n.º1-alínea b) do CCP, na medida em que, ao estabelecer um prazo de execução do contrato diverso do imposto pelas peças do procedimento, apresentava um termo ou condição que violava um aspeto da celebração do contrato que não tinha sido submetido à concorrência.

Ao não a excluir, o que o júri permitiu foi que, por via dos esclarecimentos solicitados e prestados, se operasse a alteração de um elemento essencial constante da proposta inicialmente apresentada, assim afetando a legalidade, a concorrência e a igualdade de tratamento.

Sobre esta matéria pronunciou-se, também, a jurisprudência dos tribunais administrativos.

Assim, o Supremo Tribunal Administrativo, no seu ACÓRDÃO de 29/09/2016 (Proc. nº 0867/16), sufragou o seguinte entendimento:

“(…) 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.º1.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 “aspectos 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.ª 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 aspectos 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 aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência.

“É, assim, pacífico que as propostas cujos termos ou condições violem aspectos 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 violadores 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.

“ (...)

“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.”

Em sentido idêntico se pronunciou o Supremo Tribunal Administrativo em ACÓRDÃO de 18/09/2019 que, sobre o Processo n.º 02178/18.8 BEPRT, entendeu:

“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».”

Analisemos, também, porque tal se impõe, os arestos invocados, no seu contraditório pela EEM, S.A. para sustentar a bondade da sua atuação.

O que estava em causa no cit. processo n.º 08538/12, sobre o qual se pronunciou o Tribunal Central Administrativo do Sul por ACÓRDÃO de 29 de março de 2012, era o seguinte:

“Quanto ao prazo de execução da obra o Tribunal “a quo” entendeu que a Autora, na sua proposta, se comprometera a respeitar o prazo de 730 dias, e não outro, estando, assim, conforme com o Caderno de Encargos e Programa do Concurso, não obstante o lapso decorrente da indicação de 522 dias no Plano de Trabalho, que deve ser considerado o mero lapso cuja relevância se não vislumbra para efeitos de exclusão da Autora.

“Atenta a globalidade da proposta, a interpretação da declaração emitida pela Autora deve ser efetuada segundo as regras de interpretação negocial previstas no artigo 236º do Código Civil, de acordo com as quais a declaração vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento de um declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

“A isto acresce que a proposta apresentada pela A., ora recorrida, é um documento único, que deve ser interpretado globalmente, de molde a ter em conta a referência ao prazo de 730 dias por várias vezes mencionado ao longo dos vários documentos da proposta, resultando inequívoco que o prazo de execução a que a recorrente se obrigou era de 730 dias, como bem o entendeu a sentença recorrida.”

Ou seja, nos vários documentos da proposta apresentada, no que tange ao prazo, era apresentado o prazo de 730 dias, com exceção de um deles – o plano de trabalhos – onde era referido o prazo de 522 dias, pelo que, neste caso sim, estamos perante uma verdadeira contradição entre os vários documentos que externalizam a vontade do declarante.

Já do ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Norte de 19 de fevereiro de 2021 - Processo n.º 731/20.9BELSB - resulta que:

“A regulamentação constante do n.º 2 do artigo 72.º - cuja redação se mantém nos mesmos termos desde a versão originária do CCP – define um princípio de relevância condicionada dos esclarecimentos prestados. Na verdade, como ali se indica, os esclarecimentos só farão parte integrante das propostas (só serão relevantes) se não contrariarem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterarem ou completarem os respetivos atributos, nem visarem suprir omissões que determinariam a sua exclusão nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º (...).

“Precisamente no sentido da proibição de alteração da proposta, decorre do n.º 2 do artigo 72º que os esclarecimentos não podem contrariar os elementos constantes dos documentos que constituem as propostas, nem alterar ou completar os respetivos atributos, assim como não podem visar suprir omissões que determinam a exclusão das propostas nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70º. Esclarecer é clarificar: não é, nem pode ter o efeito de completar ou de modificar a proposta, designadamente a sua substância (atributos, termos e condições). (...)” [p. 875 a 878]. E, adiante, no que à regularização da proposta concerne, faz a seguinte síntese: “(...) deve entender-se que a regularização de propostas abrange todas as propostas com irregularidades formais não essenciais, mas que padecem de



irregularidades que, não sendo supridas, conduzem à exclusão. De resto, o sentido da referência legal à “carência de suprimento” reside precisamente em referir que, apesar de se tratar de irregularidades não essenciais, tem, ainda assim, de haver lugar a suprimento. E tem de haver lugar a suprimento, sob pena de exclusão da proposta irregular. (...).

“A exposição anterior conduz-nos às seguintes conclusões:

“a) as propostas com irregularidades substanciais, de fundo, ou com irregularidades orgânicas não são passíveis de regularização;

“b) as propostas com irregularidades formais essenciais ou insanáveis - porque o respetivo suprimento envolveria a vulneração dos princípios da transparência ou da igualdade de tratamento – também não são passíveis de regularização;

“c) as propostas com irregularidades formais não essenciais, ou seja, irregularidades causadas pela preterição de formalidades não essenciais, quando não careçam de suprimento não são passíveis de regularização, por inutilidade; nesse caso não se produz o efeito da irregularidade (teoria da degradação das formalidades essenciais);

“d) admitidas ao processo de regularização são as propostas com irregularidades formais não essenciais (sanáveis), que careçam de suprimento, sob pena de exclusão, nos termos da lei ou das peças do procedimento;

“e) pode ainda admitir-se a mobilização do processo de regularização no caso das propostas com irregularidades que resultam da preterição de exigências feitas por lei ou pelas peças do procedimento, sem se associar a essa preterição a exclusão da proposta; estas irregularidades “não carecem de suprimento” como um meio de evitar a exclusão (uma vez que a exclusão não está prevista), mas também não parece que o júri esteja proibido de solicitar o suprimento. (...).”

Isto significa que também este aresto, ao contrário do que pretende a EEM, S.A., caminha no mesmo sentido da jurisprudência a que se vem aludindo e com que concordamos.

Do que fica exposto não resta senão concluir que a proposta apresentada pelo concorrente Kaifa Technology Netherlands B.V. teria de ter sido excluída por força do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, não havendo lugar à aplicação neste caso do artigo 72.º do mesmo Código, uma vez que:

- i. Não existia qualquer contradição entre os documentos da proposta que justificasse a necessidade de explanação ou clarificação da vontade do declarante;
- ii. A resposta dada pelo concorrente contrariou um elemento (o prazo) de um documento da sua proposta inicial;
- iii. A resposta visou suprir uma omissão que determinaria a sua exclusão nos termos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP;
- iv. A irregularidade a suprir era uma irregularidade substantiva da proposta (o prazo de execução);
- v. Por ser substantiva, essa irregularidade não carecia, nem era suscetível, de ser suprida;

vi. O suprimento assim efetuado traduz-se num desrespeito pelos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento.

Por último, mas não menos importante, lembre-se que, contra a admissão de propostas que violem termos ou condições do caderno de encargos, já se pronunciou esta Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas em 17 de fevereiro último, através da DECISÃO n.º 16/2023-FP/SRMTC, nos seguintes termos:

§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 Sousa¹⁶, “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.”*

2ª QUESTÃO: a não tradução dos documentos técnicos que integravam a proposta

Tal como assumido pela EEM, vários documentos técnicos de apresentação obrigatória nos termos do artigo 7.º do programa do procedimento e das cláusulas técnicas do caderno de encargos, que integravam a proposta do concorrente *Kaifā Technology Netherlands B.V.*, encontravam-se redigidos em língua inglesa, desacompanhados de tradução, legalizada ou não, nos termos exigidos no artigo 8.º do programa do procedimento.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹⁷, partindo da diferença, que nesta matéria se revela essencial, entre “(i) documentos obrigatórios exigidos pela entidade adjudicante” e “(ii) documentos facultativos apresentados por iniciativa do concorrente”, traça o regime diferenciado aplicado a cada um destes tipos de documentos.

Assim, prossegue o autor, “[o]s documentos de apresentação obrigatória são necessariamente redigidos em língua portuguesa, salvo se o programa do procedimento dispuser de modo diferente; isto é,

¹⁶ Artigo já citado.

¹⁷ *Obra citada*, pág. 116 e seguintes.



caso a entidade adjudicante se não pronuncie sobre o idioma desses documentos, deve entender-se que é obrigatória a redação em português (n.º 1 e n.º 2 do artigo 58.º no caso das propostas, e n.º 1 e n.º 3 do artigo 169.º, no caso das candidaturas)”.
Tal situação determina que, no dizer do referido autor, “[n]o caso dos documentos de apresentação obrigatória, a violação da obrigação de redação em língua portuguesa (quando a entidade adjudicante a não haja dispensado) determina a exclusão da proposta ou da candidatura (alínea e) do n.º 2 do artigo 146.º e alínea g) do n.º 2 do artigo 184.º)”.
E, continua, “para os documentos obrigatórios exigidos pela entidade adjudicante (isto é, previstos no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 57.º) é plenamente aplicável a regra da sua redação em língua portuguesa. Essa regra justifica-se, desde logo, porque o n.º 3 do artigo 11.º da Constituição obriga à “produção em português de todos os atos de funções de Estado e de todos os procedimentos e processos a eles tendentes (políticos, legislativos, administrativos, jurisdicionais)”. Por isso, o português não pode deixar de ser a língua em que assenta o decurso do procedimento e em que são praticados os atos das entidades adjudicantes – enquanto atos próprios de uma “função do Estado”, isto é, a função administrativa.”
É verdade o que alega a EEM quanto à possibilidade de suprimento da irregularidade, hoje expressamente prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 72.º do CCP. Acontece, porém, que tais irregularidades só seriam passíveis de ser supridas a instâncias do júri do procedimento em sede de esclarecimentos e suprimento de propostas.
E, quanto ao momento em que estes esclarecimentos e os suprimentos devem ocorrer, veja-se o que defende PEDRO COSTA GONÇALVES¹⁸: “[o] incidente de regularização deve ocorrer logo que, no início do trabalho de análise de propostas, o júri se aperceba da irregularidade. Em termos lógicos, quando passa para o patamar de avaliação das propostas, o júri deverá considerar propostas sem irregularidades formais essenciais, quer porque não padeciam dessas irregularidades, quer porque, padecendo, essas foram supridas.
“Em regra, o processo de regularização não deve ser iniciado depois da fase de análise e de avaliação, por ex., no momento da audiência prévia. Não obstante, pode suceder que o concorrente se pronuncie na fase de audiência contra a proposta da sua exclusão, baseada numa irregularidade formal que o júri qualificou como essencial, mas que o concorrente considera não essencial. No caso de o júri aceitar a bondade da pronúncia, nada impede que o concorrente seja convidado a suprir a irregularidade neste momento, evitando assim a prática de um ato ilegal.”
“A lei não define em que momento o júri cessa as suas funções. Em regra, em termos práticos, a cessação sucede com o envio do relatório final ao órgão adjudicante (artigos 124.º e 148.º): considerando a sequência do procedimento, ao júri não cabe a prática de qualquer diligência prevista na lei para ocorrer após o envio do relatório. Não obstante, depois deste momento, o júri ainda poderá ser chamado a prestar esclarecimentos ao órgão adjudicante ou até a repetir ou refazer diligências anteriores ao envio do relatório final. Neste sentido, afigura-se correta a conclusão de que o júri apenas cessa as suas funções com a decisão de adjudicação tomada pelo órgão adjudicante.”¹⁹

¹⁸ *Obra citada*, pág. 846.

¹⁹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 5ª edição, pág.379.

Quer isto dizer que, não tendo o júri, em tempo e no âmbito das suas competências, diligenciado no sentido de suprir a irregularidade apontada, teria o mesmo de ter concluído pela exclusão da proposta nos termos previstos na alínea e) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

Ao propor a adjudicação nos termos efetuados, violando a regra legal citada, a atuação ilegal do júri fragilizou o conseqüente ato praticado pela entidade adjudicante.

3ª QUESTÃO: a falta de documentos de habilitação

Tomada que esteja a decisão de adjudicação, fica o adjudicatário obrigado a, num prazo que lhe foi previamente fixado, a entregar os documentos de habilitação exigidos pelo artigo 81.º do CCP.

A não entrega da totalidade daqueles documentos (e porque, como afirma PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ²⁰, “o ato de adjudicação é legalmente concebido como ato condicional: a adjudicação é praticada na condição do respetivo beneficiário cumprir a obrigação de habilitação. Nesta medida, o incumprimento dessa obrigação) origina a caducidade da adjudicação (n.º 1 do artigo 86.º)”, com a obrigação – vinculativa – de a entidade adjudicante proceder à adjudicação da proposta ordenada no lugar imediatamente subsequente (n.º 4 do artigo 86.º), repetindo esse exercício tantas vezes quantas forem necessárias (em função do número de adjudicatários que deixarem caducar a adjudicação) e enquanto existirem propostas disponíveis para adjudicar.

Por outro lado, a alínea b) do n.º 1 do artigo 104.º do CCP veda a possibilidade de outorga do contrato antes da entrega da totalidade daqueles documentos. Dispõe que a outorga do contrato deve ter lugar no prazo de 30 dias contados da data da aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação, mas nunca antes de apresentados todos os documentos de habilitação exigidos.

Ora, na situação que ora se analisa, verificou-se que o adjudicatário não procedeu à entrega do certificado do registo criminal da empresa (tendo apenas entregado tal documento já após a celebração do contrato e na sequência da solicitação feita por este Tribunal à EEM), o que teria determinado, desde logo, e nos termos acabados de explanar, a caducidade do ato adjudicatário, e depois, por maioria de razão, a não outorga do contrato.

Mas não foi isso que aconteceu, tendo a EEM procedido à celebração do contrato que ora submete à apreciação deste Tribunal.

Portanto, foram desrespeitados os artigos 86.º e 104.º n.º 1-al. b) do CCP.

4ª QUESTÃO: o invocado “afastamento do efeito anulatório do contrato” a partir das ilegalidades procedimentais detetadas nesta contratação pública

Confrontada com o seu comportamento ilegal, e assumindo-o, a Empresa de Eletricidade da Madeira vem solicitar a este Tribunal que, fazendo operar a prerrogativa prevista no n.º 4 do artigo 283.º do CCP, afaste o efeito anulatório da invalidade conseqüente do contrato em apreço.

Para tal, invocou a EEM:

(i) a importância da execução do presente contrato integrado em projeto com participação atribuída no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência;

(ii) a entrega, entretanto, de todos os documentos de habilitação exigidos;

²⁰ *Obra citada*, pág. 426.



(iii) que, atentas as especificidades dos documentos de habilitação apresentados, pode revelar-se contrário à proporcionalidade o não afastamento do efeito anulatório da eventual invalidade consequente do contrato;

(iv) que não resultou desta situação qualquer prejuízo para a dinâmica concursal do procedimento, nem para os interesses financeiros da Região (e do Estado) –, pelo contrário, o preço apresentado pelo concorrente colocado em segundo lugar seria superior em 651.582,50 €.

O invocado artigo 283.º do CCP, sob a epígrafe “*invalidade consequente de atos procedimentais inválidos*”, pretende definir o regime jurídico-administrativo a aplicar nas situações em que a invalidade do título contratual deriva de um fator que lhe é extrínseco ou, dito de outra forma, o contrato é inválido porque um ato anterior e do qual derivou a celebração do contrato é, ele próprio, inválido.²¹

Trata-se da “*invalidade contratual derivada ou consequente*”.

Para estes casos traçou o legislador da contratação pública o seguinte regime especial:

“1 – Os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo.

2 – Os contratos são anuláveis (i) se tiverem sido anulados ou (ii) se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração²², devendo demonstrar-se que (iii) o vício é causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial.

3 – (Revogado).

4 – O efeito anulatório previsto no n.º 2 pode ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do ato procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé.”

Vejamos.

Preliminarmente, há que sublinhar que, com o novo CPA de 2015 e o CCP, desapareceu do nosso ordenamento jurídico-administrativo a “automaticidade lógica” do ato ou contrato derivadamente inválido. É o que resulta (i) da diferença entre o atual artigo 161.º do CPA/2015 e o anterior artigo 133.º n.º 2-al. i) do CPA/1996, bem como (ii) do atual artigo 283.º do CCP.

O que consta dos n.ºs 2 e 4 do artigo 283.º CCP é a possibilidade de não anulação - pela Administração Pública contratante ou pelos tribunais administrativos - de um contrato ilegal-anulável; anulável nos termos do n.º 2.

²¹ Cfr., sobre este artigo 283.º, o texto de ANA R. G. MONIZ “A invalidade do contrato no CCP”, in *Comentários ao CCP*, Vol. II, 5.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2023; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Volume 2, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, pp. 107 ss; e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, Vol. II, pp. 904 ss. Este último autor explana bem o peso do novo ónus da prova nesta sede de manutenção em vigor do contrato anulável.

²² Cfr. o CPTA, *maxime* os artigos 51.º, 101.º, 172.º n.º 2 e 173.º n.º 2.

Ora, consideramos que o n.º 4 do artigo 283.º do CCP, que se refere, portanto, à manutenção em vigor de um contrato que seja anulável nos termos do n.º 2, não tem aplicação em sede de visto prévio. Não se destina à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, i.e., à aplicabilidade do artigo 44.º da LOPTC.

Com efeito, tal fonte de Direito (n.º 4 do artigo 283.º do CCP) é destinada à Administração Pública e aos tribunais administrativos (estaduais ou arbitrais), porque estes, sim, podem anular, além de atos administrativos (como, por ex., a adjudicação), também contratos administrativos.

E, nesse contexto, poderão não anular contratos (anuláveis: cf. o n.º 2 do mesmo artigo), por aplicação do cit. n.º 4.

Já o Tribunal de Contas não anula contratos.

Logo, o n.º 4 do artigo 283.º cit., que se refere à não anulação jurisdicional (ou contenciosa) de um contrato administrativo anulável, não diz respeito à função própria deste tribunal, incluindo no âmbito da fiscalização prévia. Nesta, o Tribunal de Contas não anula, nem deixa de anular, contratos.

É que o Tribunal de Contas recusa o visto ou concede o visto com fundamento direto numa “ilegalidade” (sic) como está previsto na LOPTC. No caso da al. c) do n.º 3 do artigo 44.º, com fundamento numa “ilegalidade” (violação da lei) diferente das explicitadas nas anteriores alíneas a) e b).

Assim, no caso - comum - das *ilegalidades* pré-contratuais e também contratuais que (i) não sejam nulidade jusadministrativa, (ii) nem falta de cabimento orçamental, (iii) nem violação direta de normas financeiras (cfr. artigo 44º nº 3-als. a) e b) da LOPTC), o que resulta da LOPTC é o seguinte:

-havendo (i) uma *ilegalidade* (i.e., violação de regras jurídicas) (ii) que altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato, há fundamentação bastante para a recusa do visto prévio, i.e., para o Tribunal de Contas não atribuir eficácia financeira ao contrato sujeito a fiscalização prévia.

O que se exige ao Tribunal de Contas é que apure se o contrato público fiscalizado é *illegal* nos precisos termos das previsões do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Nada mais.

Está em causa, não aquilo que é tutelado no CPTA e nos artigos 283.º ss do CCP, mas sim a legalidade ou ilegalidade das despesas públicas como tipificado no citado n.º 3.

Por outro lado, deve sublinhar-se que a não anulação (pela Administração Pública ou pelos tribunais administrativos) de um contrato ilegal (anulável no sentido descrito pelo exigente n.º 2 do artigo 283.º do CCP), prevista no n.º 4 do 283º do CCP, não significa que a ilegalidade praticada desapareceu do mundo do Direito. A ilegalidade (violação da lei) existiu e continua a existir, mas sem efeito anulatório, i.e., sem anulação pela entidade competente.

Enfim, é a “mera” ilegalidade (i.e., violação da lei) o que releva em sede das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Assim, a “*ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro*” é o que basta para a aplicação da al. c) do n.º 3 do artigo 44.º. Para a função do Tribunal de Contas nesta sede específica - al. c) do nº 3 do 44º - interessa é haver ou não haver uma “*ilegalidade*” (uma violação da lei) com qualquer impacto financeiro.



E, por isso, irreleva a possibilidade de não anulação jurisdicional a que se refere o n.º 4 do artigo 283.º do CCP; aliás, por isso também, irreleva o exigente e especial n.º 2 do mesmo artigo.

Portanto, entendemos que o Tribunal de Contas, em sede de cumprimento do artigo 44.º n.º 3-al. c) da LOPTC, não é destinatário do muito exigente e específico n.º 4 do artigo 283.º do CCP. Este trata de a Administração Pública ou o tribunal administrativo poder decidir não anular um contrato administrativo inválido-anulável, pelo facto de a respetiva ilegalidade o justificar em certas condições legalmente previstas.

Veja-se, aliás, que a anulabilidade descrita no n.º 2 deste artigo 283.º é diferente da anulabilidade - em geral - do CPA; com efeito, e como já antevemos ao referir o n.º 2 como sendo “exigente”, o contrato administrativo só é anulável e só pode ser anulado (coisa que o Tribunal de Contas nunca faz) se os antecedentes atos procedimentais ilegais (i) tiverem já sido anulados ou (ii) se ainda estiverem em tempo de ser impugnados (cf. o artigo 101.º do CPTA); ao que acrescem ainda outras exigências (as da 2ª parte de tal disposição legal).

“Ad latere”: curiosamente, o n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC já tem uma “salvaguarda” específica para a função do Tribunal de Contas. Diferente da duvidosa “válvula de escape” contida no artigo 283.º n.º 4 do CCP.

Concluindo:

-o regime jurídico específico previsto no n.º 4 do artigo 283.º do CCP não tem aplicação no processo de fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Pelo que não é possível atender aqui à pretensão da EEM de não anulação de um contrato ilegal-anulável, como prevista no CCP.

*

Mas, ainda que o n.º 4 do artigo 283.º do CCP tivesse aqui aplicação, diríamos o que se segue contra a opinião da EEM.

Em anotação ao preceito, escreve JORGE ANDRADE DA SILVA²³: “[o]s n.ºs 1 e 2 deste preceito estabelecem o princípio da invalidade do contrato em consequência, não de vícios do próprio contrato – matéria tratada no artigo 284.º - mas da invalidade de um ou mais atos administrativos que tenham preparado a sua celebração. É o princípio da identidade de desvalor jurídico entre o contrato e os atos administrativos de que haja dependido a sua celebração. Esta consideração implica, necessariamente, por um lado a averiguação da invalidade do ou dos atos administrativos e, por outro, a verificação de um nexo de causalidade entre um ato inválido e a celebração do contrato, pois só assim se pode dizer que esta assentou naquele, ou seja, que o ato lhe serviu de suporte.”

E continua o mesmo autor:

“[p]ara que o efeito anulatório possa ser afastado, impõem o preceito a ocorrência de vários requisitos:

- “Que sejam ponderados (expressa e objetivamente) os interesses públicos e privados em presença;
- “Que seja ponderada (expressa e objetivamente) a gravidade do vício gerador da anulabilidade;

²³ Obra citada, pág. 729 e seguintes.

- *“Que da anulação decorra uma ofensa grave desses interesses;*
- *“Que dessa ponderação se conclua (expressa e objetivamente) que a anulação teria efeitos desproporcionados ou contrários à boa-fé contratual;*

“Independentemente disso e em alternativa:

- *“Que da anulação, inequivocamente, não decorresse substituição da parte cocontratante, designadamente do cocontratante (o contrário do que aqui ocorreria, já que a adjudicação não seria à empresa referida supra, afetando assim um elemento essencial do contrato);*

- *“Que da anulação, também inequivocamente, não decorresse uma alteração substancial e essencial do contrato, isto é, de cláusulas que estabelecessem direitos e deveres das partes contratantes e que tivessem condicionado a concorrência à sua celebração.” (também o contrário do que aqui ocorreria, por causa da ilegalidade referente ao prazo do contrato supra analisada, um elemento essencial do contrato).*

Sobre esta matéria tem sido, também, abundante a jurisprudência administrativa, fazendo-se aqui apelo, por todos, a dois ACÓRDÃOS, um do Tribunal Central Administrativo Sul de 19 de maio de 2016, prolatado no âmbito do Proc. n.º 12875/16²⁴, e o outro do Supremo Tribunal Administrativo datado de 20 de junho de 2017, proferido no âmbito do Proc. n.º 0267/17²⁵.

Assim, do sumário do primeiro dos referidos acórdãos extrai-se que:

“4 - A invalidade própria do ato de adjudicação tem efeitos repercutíveis no regime invalidação derivada automática do contrato, entretanto celebrado na pendência da ação, como tal, determinativa da sua anulação conforme disposto no art.º 283.º n.º 2 CCP.

“5 – O juízo de ponderação dos interesses públicos e privados em presença no caso concreto tem, necessariamente, que se fundamentar em matéria de facto julgada provada e levada ao probatório, de modo a subsumir tal factualidade na previsão normativa dos dois parâmetros legais de afastamento da invalidade consequente previstos no artº 283.º n.º 4 CCP, a saber, (i) a anulação do contrato se revele desproporcionada e contrária ao princípio da boa-fé, ou (ii) se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjetiva do contrato nem uma alteração do seu conteúdo essencial.”

E do sumário do acórdão prolatado pelo STA resulta:

“I – As condições constantes no n.º 4 do artigo 283.º do CCP, relativas ao afastamento do efeito anulatório à luz dos princípios da proporcionalidade e da boa fé, são alternativas e não cumulativas.

“II – À apreciação do afastamento do efeito anulatório, de acordo com a condição prevista na primeira parte do n.º 4 do artigo 283.º do CCP, deve presidir uma ampla discricionariedade jurisdicional, cabendo ao julgador efetuar uma ponderação de todos os interesses em presença, devendo o mesmo ter em conta uma realística relevância da gravidade do vício e considerar não apenas o ocorrido na fase de formação do contrato, mas, de igual forma, o ocorrido já após a adjudicação do contrato”.

²⁴Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/695c8678d65cc2ca80257fc60036353c?>

²⁵ Consultável em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/4BB39B9BB3D75E6C8025814B00487179>.



No caso que ora se analisa, e atenta a matéria de facto e de direito exposta ao longo do presente documento, não existem razões para concordar com a pretensão da EEM no sentido de afastar o efeito anulatório imposto ao contrato (o ato prejudicado, anulável por causa de atos pressupostos ou antecedentes), nos termos especiais resultantes dos citados n.ºs 2 e 4. Isto porque:

(i) Os interesses públicos e privados em presença não ficam, necessariamente, mais bem acautelados com a não anulação do contrato, já que para essa avaliação não releva apenas o preço mais baixo; para tal ponderação releva, igualmente, acautelar o regular e pontual cumprimento contratual; o que, em sede de Direito financeiro e despesa pública, é nuclear;

(ii) As ilegalidades apontadas ao longo deste documento (e que não se cingem à falta de apresentação atempada de um documento de habilitação ou à não utilização da língua portuguesa nos documentos), atenta a sua notoriedade, justificariam que a anulação derivada ou consequente do contrato se revelasse proporcionada e mesmo imposta pela boa fé procedimental;

(iii) As ilegalidades apuradas determinariam a modificação subjetiva do contrato.

*

Em conclusão:

1ª -Foram solicitados esclarecimentos ao concorrente *Kaifa Technology Netherlands, B.V.*, ao arrepio do regime legal respetivo e que determinaram a alteração do conteúdo da sua proposta através da alteração de um termo ou condição não sujeito à concorrência pelas peças procedimentais (*o prazo de execução do contrato*);

2ª -A proposta do concorrente *Kaifa Technology Netherlands, B.V.* foi instruída com documentos técnicos em língua inglesa, *contrariando os ditames do procedimento e o artigo 58.º do CCP*;

3ª -Ocorreu a adjudicação e, posteriormente, a celebração do contrato *sem que tivessem sido entregues todos os documentos de habilitação*.

Tudo isto são fundamentos de recusa de visto ao contrato de fornecimento de contadores inteligentes e concentradores de dados PLC, celebrado em 6 de dezembro de 2022 entre a EEM – Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A. e a empresa *Kaifa Technology Netherlands B.V.*, nos termos previstos na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

São, com efeito, ilegalidades que alteram o resultado financeiro do contrato em apreço, uma vez que, assim, não foi acautelado o interesse público económico-financeiro subjacente ao regular e pontual cumprimento deste contrato sujeito às regras da contratação pública, com consequências no resultado financeiro. A ilegalidade referente ao prazo de execução do contrato é evidente nesta sede.

São ilegalidades que podem alterar o resultado financeiro do contrato em apreço, uma vez que, assim, não foi acautelado o interesse público económico-financeiro subjacente ao regular e pontual cumprimento deste contrato sujeito às regras da contratação pública, com consequências no resultado financeiro. É claro que as ilegalidades 2ª e 3ª acima referidas podem alterar o resultado financeiro do contrato, ao atingirem, uma, as questões técnicas das prestações contratadas ao sujeito privado do contrato e, outra, ao atingir o sujeito contratado.

*

As ilegalidades detetadas são suscetíveis de configurar ilícitos financeiros de tipo sancionatório, enquadráveis na previsão normativa das alíneas b) e l) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC.

Estas indiciadas infrações financeiras 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:

a) Aos membros do Conselho de Administração da E.E.M., S.A., que votaram favoravelmente a adjudicação do contrato em apreciação, nos termos propostos pelo júri do procedimento, e

b) Aos membros do júri do procedimento, que admitiram indevidamente a proposta da *Kaifa Technology Netherlands, B.V.*, e, subsequentemente, propuseram a adjudicação da mesma;

c) Aos eventuais funcionários ou agentes que, nas suas informações não tenham esclarecido os assuntos da sua competência de harmonia com a lei.

Conforme decorre da aplicação conjugada do n.º 1-als. b) e l) e do n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC, a atuação ilegal acima apontada é passível de constituir infrações geradoras de responsabilidade financeira sancionatória, a efetivar através da aplicação de multas, que têm como limite mínimo o montante correspondente a 25 UC e como limite máximo o correspondente a 180 UC. O pagamento da multa pelo valor mínimo opera a extinção do procedimento tendente à efetivação de responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do art.º 69.º n.º 2-al. d) da LOPTC.

Existe a possibilidade de o Tribunal de Contas relevar as indicadas infrações, caso seja entendido que estão verificados 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.

Ora, no caso concreto presente, estão verificados os requisitos previstos no n.º 9 do artigo 65.º cit. Pelo que relevo as responsabilidades financeiras indiciadas.

*

III – DISPOSITIVO

Pelo exposto, ao abrigo das disposições legais citadas, do n.º 4 do artigo 214.º da Constituição, dos artigos 44.º a 46.º e 80.º a 82.º da LOPTC e ainda do artigo 80.º n.º 1-al. a) do RTC, o Tribunal de Contas decide recusar o visto prévio ao citado contrato (*cf. as alíneas b)-2ª parte e l) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, bem como a al. c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC*).

Mais decide que as responsabilidades financeiras de tipo sancionatório indiciadas são aqui relevadas ao abrigo do n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC.

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, Região Autónoma da Madeira, 11-05-2023.

O Juiz Conselheiro



(Paulo H. Pereira Gouveia)

Participei na sessão.

A Assessora

Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso
(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

Participei na sessão.

O Assessor



(Alberto Miguel Faria Pestana)

