

1.ª Secção – PL

Data: 25/01/2022

Recurso Ordinário: 5/2021

Processo: 1446/2021

RELATORA: Sofia David

Descritores: formalidade essencial; formalidade não essencial; regime de suprimimento; assinatura; proposta; tradução legalizada

Sumário

1. São critérios para a distinção entre formalidades essenciais e não essenciais, no âmbito da contratação pública: (i) a circunstância da própria lei qualificar, direta ou indiretamente, uma dada formalidade como não essencial; (ii) a circunstância da formalidade cumprir – ou não – um fim substancialmente relevante; (iii) a verificação – atendendo ao bem jurídico que a norma visa proteger – de que a ilegalidade cometida nenhuma influência teve no resultado final, que foi identicamente alcançado; (iv) e a circunstância da omissão da formalidade não colidir com os princípios gerais que regem os procedimentos concursais, no seu âmago ou reduto mínimo;

2. Devem presumir-se como essenciais: (i) as formalidades exigidas pelo bloco legal – pelo legislador e pelas normas concursais; (ii) as formalidades relativamente às quais o legislador comina a sua inobservância com a exclusão da candidatura ou da proposta do concorrente; (iii) as formalidades inseridas em procedimentos que seguem um rito muito rígido, que apresentam momentos procedimentais preclusivos;

3. O art.º 72.º, n.º 3, do Código de Contratos Públicos (CCP) restringe-se às irregularidades de forma não essenciais, isto é, às irregularidades relativas à forma ou ao modo de apresentação das propostas, excluindo-se as irregularidades de forma que se reconduzam, identicamente, a irregularidades materiais ou substanciais, *maxime* as que sejam fundamento legal de exclusão das propostas;

4. O art.º 72.º, n.º 3, do CCP, remete para um regime de regularização ou de suprimento, semelhante ao adotado no art.º 108.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, que se arreda da teoria jurídico-administrativa do aproveitamento do ato administrativo através da degradação das formalidades essenciais em não essenciais;

5. A preterição das formalidades procedimentais exigidas em sede de contratação pública, se reconduzidas a irregularidades de forma ou de modo de apresentação da proposta, que constituam formalidades não essenciais, não devem dar lugar imediato à exclusão das candidaturas e propostas, devendo as Entidades Adjudicantes, neste caso, lançar mão ao poder-dever constante do art.º 72.º, n.º 3, do CCP;

6. Se ocorrer a preterição de formalidades essenciais, ou que se presumem essenciais, *v.g.*, a preterição de formalidades exigidas pela lei e legalmente sancionadas com a exclusão da proposta, a Administração pode lançar mão à dogmática que se desenvolveu acerca do aproveitamento do ato administrativo e da degradação das formalidades essenciais em não essenciais. Tal dogmática vale no âmbito da contratação pública e em sede de irregularidades constantes das propostas dos concorrentes, considerando-se aproveitável o ato jurídico que consubstancia a (apresentação da) proposta;

7. Essa possibilidade resulta, de imediato, de um princípio de coerência interna do direito administrativo ou do sistema jurídico-administrativo. Para além disso, essa aplicação ou extensão de regime decorre, também, dos princípios da igualdade concorrencial, da boa-fé da declaração negocial e da proporcionalidade, constituindo uma obrigação do intérprete-aplicador da lei;

8. Porém, o recurso pela Administração à teoria do aproveitamento do ato administrativo e da degradação das formalidades essenciais em não essenciais, para efeitos de salvar uma proposta irregular ou de evitar o efeito excludente dessa irregularidade, legalmente determinado, terá de ser encarado como uma situação de exceção, uma situação limite, para casos clamorosos, em que haja uma ofensa evidente e manifesta aos princípios da igualdade concorrencial, da boa-fé da declaração negocial, da proporcionalidade e do interesse público financeiro e, de outro lado, não se antevejam sacrificados, no seu reduto essencial, os princípios em confronto ou a harmonizar com aqueles, isto é, os princípios da igualdade e da concorrência - enquanto princípios alicerçados em aspetos formais - da transparência, da imparcialidade, da publicidade, da estabilidade, da intangibilidade das propostas, da segurança jurídica e da confiança;

9. A ficha técnica do produto, sendo um documento exigido no programa do procedimento, que contém os termos ou condições relativas 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, integra a proposta apresentada pelo concorrente;

10. A formalidade da apresentação da ficha técnica do produto redigida em português, ou não o sendo, da apresentação de uma tradução devidamente legalizada, acompanhada de uma declaração de prevalência, estando determinada como obrigatória - na lei e nas peças concursais - e sendo, também, a sua inobservância cominada, em termos expressos, com a exclusão da proposta do concorrente, deve ter-se como uma formalidade essencial;

11. Tal formalidade é também uma formalidade *ad substantiam*, pois através da mesma visa-se garantir que o concorrente se vincula relativamente às características e especificações que constam daquela ficha, quer na parte escrita em português, quer na parte escrita em idioma estrangeiro, o que se faz por via da tradução apresentada e da declaração de prevalência;

12. No caso, a não entrega da tradução e da declaração de prevalência impediu que o júri ficasse a conhecer de forma perfeita ou completa a proposta apresentada;

13. A obrigação legal da proposta ser entregue de forma perfeita num dado momento procedimental, claramente definido, visa informar o júri de forma total e completa da intenção do concorrente contratar respeitando certos atributos, termos e condições. Visa, ainda, salvaguardar os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência e o subprincípio da estabilidade ou da imutabilidade das propostas;

14. Logo, a preterição de tal formalidade não se enquadra no âmbito do art.º 72.º, n.º 3, do CCP;

15. Se, no caso concreto, ficou provado que a formalidade essencial que foi preterida não ficou alcançada por outro meio, não pode tal formalidade essencial degradar-se em não essencial para efeitos de se salvar a proposta apresentada;

16. A assinatura - nomeadamente a assinatura eletrónica qualificada - de um documento da proposta que contém termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo Cadernos de Encargos, que não são replicados em outros documentos, relativamente aos quais a Entidade Adjudicante pretende que o concorrente se vincule, quando prevista como obrigatória pela lei e pelas peças concursais,

que também cominam a respectiva inobservância com a exclusão da proposta do concorrente, é uma formalidade essencial;

17. A falta (total) de assinatura de um documento da proposta impede a vinculação do concorrente ao aí inscrito;

18. Se o documento da proposta que não está individualmente assinado é composto por 4 diferentes folhas de *Excel*, que pressupõem um preenchimento relativamente complexo de várias linhas e colunas, sendo que duas daquelas folhas tem, cada uma, mais de 130 linhas para preencher e duas colunas, tal significa que uma eventual substituição desse documento por outro assinado, depois do termo do prazo da apresentação das propostas, irá implicar muito mais que um mero controlo de forma ou de aparência pelo júri do concurso e pelos restantes concorrentes;

19. Nessa mesma medida, a preterição da formalidade relativa à assinatura individual de tal documento – que, no caso, se exigia uma assinatura eletrónica qualificada – é uma formalidade essencial, que não cabe na previsão do art.º 74.º, n.º 3, do CCP e que não é passível de suprimento por recurso à teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais.

1.ª Secção – PL
Data: 25/01/2022
Recurso Ordinário: 5/2021
Processo: 1446/2021

RELATORA: Sofia David

TRANSITOU EM JULGADO EM 10/02/2022

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

I. RELATÓRIO

1. O Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Ac. n.º 23/2021 – 1.ª S/SS, de 06/10, que recusou o visto ao contrato outorgado em 06/07/2021, pelo requerente e Parmalat Portugal – Produtos Alimentares, Lda., no valor de €1.799.969,99, acrescido de IVA à taxa legal.
2. A recusa de visto fundamentou-se no disposto no art.º 44.º, n.º 3, al. c), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) e na circunstância da Entidade Adjudicante não ter feito uso do regime do suprimento de propostas e candidaturas, previsto no art.º 72.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos (CCP). Considerou-se que esse não uso violou os princípios da boa fé, da boa administração e da concorrência.
3. O ISS apresentou as alegações constantes dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:
 - A) *O presente recurso vem interposto do Acórdão n.º 23/2021, de 6 de Outubro de 2021 – 1.ª S/SS que recusou o visto ao Contrato de "Fornecimento de género alimentar leite de vaca ultrapasteurizado (UHT) meio gordo no âmbito do Fundo Europeu de apoio às pessoas mais carenciadas (FEAC 2019/2022)" celebrado com Parmalat Portugal — Produtos Alimentares, Lda.*
 - B) *A recusa do visto fundamentou-se na alegada ilegalidade praticada pelo Instituto da Segurança Social, I.P. (doravante designado por ISS, I.P.), pelo facto de o mesmo não ter recorrido ao regime do suprimento previsto no disposto no artigo 72.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos (doravante designado por CCP), violando assim tal norma.*
 - C) *Sucede que, e com o devido respeito, a ora Recorrente não se conforma com a douta decisão.*

- D) *Dispõe o n.º 1 do artigo 62.º do CCP que, “Os documentos que constituem a Proposta são apresentados diretamente em Plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante”, sendo que, à luz do n.º 2 do referido artigo, “Os termos a que deve obedecer a apresentação e a receção das propostas, conforme o disposto no n.º 1, são definidos por diploma próprio”.*
- E) *No nosso ordenamento jurídico, esses termos são definidos, atualmente, pela Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto (Lei n.º 96/2015), sendo possível constatar pela sua leitura que se encontram estabelecidos dois momentos distintos para a aposição da assinatura.*
- F) *Conforme refere Sandra Tavares Magalhães:*
- *“A assinatura eletrónica apõe-se nos ficheiros das propostas, previamente ao seu carregamento na plataforma eletrónica, conforme previsto no n.º 2 do artigo 54.º, e no n.º 4 do artigo 68.º, ambos da Lei n.º 96/2015.*
 - *Com o carregamento, segue-se um novo processo de assinatura “da Plataforma”, que garante que os documentos não mais são alterados. depois de findo o prazo de apresentação das propostas, e, sem a qual, o carregamento não pode ser concretizado.*
 - *A assinatura eletrónica de documentos respeita, assim, a um momento prévio e externo ao seu carregamento. A falta de aposição daquela nos documentos em si mesmo, e que motiva a exclusão das propostas (...), é, na verdade, uma questão a montante do modo como os mesmos são apresentados na plataforma eletrónica.*
 - *Assim, face às disposições legais e regulamentares aplicáveis, exige-se que os operadores económicos assinem eletronicamente os documentos da proposta, previamente ao seu carregamento na plataforma, na medida em que só assim se poderão considerar como efetivamente assinados”*
- G) *Delimitada a imposição legal da assinatura dos documentos em momento prévio à sua submissão na plataforma, importa ter presente a definição de «Proposta» que tem a sua expressão no n.º 1 do artigo 56.º do CCP e corresponde à “declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”.*
- H) *Ou seja, a proposta constitui um ato jurídico praticado no quadro de procedimento de formação de contrato público mediante o qual os concorrentes manifestam a intenção de vir a celebrar o contrato objeto daquele procedimento, assumindo o compromisso jurídico de o fazerem com estrita observância daquilo que foram as exigências e condições definidas pela entidade adjudicante nas peças procedimentais, conscientes que as peças submetidas à concorrência, se consubstanciam numa «proposta negocial»/ «declaração negocial» vinculada que é dirigida àquela entidade para que a mesma a aceite ou recuse.*

- I) *Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 57.º do CCP, a proposta é unicamente constituída pela (i) declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo I ao CCP; (ii) documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar; e (iii) documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule.*
- J) *Transpondo este normativo legal para o caso sub judice, sempre será de concluir que o Anexo VIII, ao qual não foi aposta qualquer assinatura eletrónica, configura, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP, um documento da proposta exigido pelo PC, no seu Ponto 15.1, alínea j), contendo aspetos da execução do contrato que a entidade adjudicante, ora Recorrente, pretende que o concorrente defina na sua proposta e se vincule ao seu cumprimento, sendo que, no entender do ora Recorrente, a informação que consta do sobredito Anexo não constitui um replicar de informação que já consta de outros documentos da proposta que foram assinados pelo concorrente.*
- K) *O Ponto 9.6 do PC dispunha com clareza que "Todos os documentos devem ser assinados individualmente com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica próprios do concorrente ou dos seus representantes legais".*
- L) *Essa referência encontra-se reforçada pela lei. Com efeito, determina o n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015 que 'Os documentos submetidos na plataforma eletrónica, pelas entidades adjudicantes e pelos operadores económicos, devem ser assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada', acrescentando-se, no n.º 2 do referido artigo 54.º, que "os documentos elaborados ou preenchidos pelas entidades adjudicantes ou pelos operadores económicos devem ser assinados com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica próprios ou dos seus representantes legais".*
- M) *Nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 5 do artigo 54.º do sobredito diploma legal, a obrigação de aposição de assinatura dos documentos recai sobre o operador económico relativamente aos documentos que sejam da sua autoria, por si elaborados ou preenchidos, cujo conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita.*
- N) *Por seu turno, resulta do n.º 4 do artigo 62.º do CCP que 'Os documentos referidos nos n.ºs 1 e 2 devem ser assinados pelo concorrente ou por representante que tenha poderes*

para o obrigar" (sublinhado nosso), o que, desde logo, demonstra a intenção do legislador em conferir carácter obrigatório a esta formalidade.

- O) *Adicionalmente, a falta de assinatura de cada documento que integra uma proposta é já apontada pelos Tribunais Administrativos superiores como causa de exclusão das propostas.*
- P) *A título de exemplo veja-se a Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30/01/2013, proferido no processo n.º 01123/12, no qual se pode ler que "a imposição de assinatura individualizada radica na segurança jurídica, quer ao nível e autenticidade e fidedignidade da documentação apresentada por cada concorrente, quer ao da Própria segurança e inviolabilidade dos documentos apresentados a concurso (...) Interessa, pois, que se imponha o cumprimento dos dispositivos legais e regulamentares que têm Precisamente em vista reduzir ao máximo a possibilidade de equívocos, adulterações, falseamentos, em qualquer fase que seja e por quem quer que seja. (...).*
- Q) *Tudo isto, portanto, está a montante de qualquer necessidade de demonstração de uma efectiva adulteração, substituição ou falsificação. Assim, a exclusão era a consequência necessária do não cumprimento dos dispositivos regulamentares, concordantes com os dispositivos legais"*
- R) *A Lactaçoeres — União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL não diligenciou pela aposição de assinatura eletrónica qualificada no documento denominado "Anexo VIII" que instrui a proposta que apresentou, o qual era exigido pelo PC, no seu Ponto 15.1, alínea j), contendo aspectos da execução do contrato que a entidade adjudicante, ora Recorrente, pretendia que o concorrente definisse na sua proposta, vinculando-se ao seu cumprimento.*
- S) *E, neste caso concreto, o Anexo VIII é um documento essencial, na medida em que o mesmo serve para aferir o espaço (i.e. área de armazém) necessário para armazenar os produtos recebidos mensalmente, não resultando essa informação de mais nenhum documento da proposta do concorrente e que é determinante para efeitos de execução do contrato, sob pena de poderem vir a ocorrer custos acrescidos ou, a contrario, a impossibilidade de distribuição de cabazes às famílias carenciadas por Inexistência de espaço de armazenamento com a encomenda a realizar pelo ora Recorrente; o que, no limite, inviabiliza o cumprimento do contrato ou o seu cumprimento defeituoso.*
- T) *Em concreto, os aspectos de execução consubstanciam-se, in casa, na volumetria da embalagem individual e coletiva, assim como das paletes na sua totalidade, aos quais o ora Recorrente pretendia que o operador económico se vinculasse, uma vez que é essencial que os polos de Receção do ora Recorrente tenham conhecimento de tais aspectos por*

forma a assegurar que dispõem de condições de armazenamento dos produtos nos armazéns, e que estes, comportam a quantidade de produto a receber, permitindo assim, organizar o espaço de armazém e acautelar que dispõem de condições logísticas para a receção da totalidade dos produtos contratualizados.

- U) *Donde, tal informação poderá ter implicações financeiras, com o aumento do custo de transporte, pois no caso em que a transportadora pretenda descarregar a mercadoria, e o Pólo não tenha capacidade para armazenar a totalidade dos produtos, terá de haver nova deslocação às mesmas instalações para entregar o restante produto em falta, o que, naturalmente, implica despesa adicional.*
- V) *Pretende o legislador que o concorrente se vincule à sua proposta, antes de abertura da mesma e não em momento superveniente, pois só desta forma são salvaguardados os princípios da transparência, da concorrência, da intangibilidade da proposta e da igualdade entre os concorrentes.*
- W) *Ora, o disposto no n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, parece não deixar margem Interpretativa para considerar que alguns documentos possam ser dispensados do cumprimento da formalidade legal em apreço.*
- X) *A preterição da formalidade de aposição de assinatura eletrónica qualificada determina imperiosamente a exclusão de propostas e candidaturas.*
- Y) *Para além do mais, a informação constante do documento denominado "Anexo VIII" da proposta do concorrente, a qual era essencial para a execução do contrato, não consta expressiva e analogamente em qualquer outro documento da proposta.*
- Z) *Entender como dispensável determinado documento concursal, num momento em que são já conhecidas todas as propostas, conforme parece ser o entendimento sufragado por este Douto Tribunal no ponto 47. do Acórdão, com a devida vénia, afigura-se ser inaceitável por constituir uma clara violação das regras da concorrência, do princípio da Intangibilidade das peças do procedimento, da igualdade de tratamento dos concorrentes, da legalidade e da imparcialidade.*
- AA) *Conforme refere Luís Verde de Sousa "as finalidades visadas pela assinatura electrónica qualificada [concretamente, como decorre do citado artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, a função identificadora, a função finalizadora ou confirmadora e a função de garantia de inalterabilidade, atestando que, depois de assinado, o documento não foi alterado] devem ser alcançadas, ainda que por outra via, desde o momento da entrega definitiva da Proposta", advertindo que «[a] teoria das formalidades não essenciais não pode (...) ser mobilizada para permitir que o cumprimento dessas finalidades seja*

"adiado" para um momento posterior (aquele em que o concorrente supriria a formalidade desrespeitada). Pelo que, se as finalidades subjacentes à assinatura electrónica qualificada não forem alcançadas desde o momento da entrega definitiva da proposta, a entidade adjudicante não deverá formular um convite ao suprimento dessa formalidade. Não estamos, pois, perante um caso em que o vício formal possa ser "sanado pelo cumprimento ulterior da formalidade omitida"».

- BB) *Tanto basta para justificar que a proposta da concorrente tenha sido excluída, nos termos das disposições conjugadas da alínea l) do n.º 2 do art.º 146.º e n.º 4 do art.º 62.º do CCP e do n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015.*
- CC) *De assinalar que, em sede de audiência prévia, após notificado do Relatório Preliminar, o próprio concorrente aceitou a essencialidade da assinatura ao não ter reagido nesta sede.*
- DD) *Com efeito, sendo o concorrente o maior interessado em executar o contrato, não será de estranhar que não tenha reagido à decisão de exclusão da sua proposta, seja em sede de audiência prévia, seja pela via contenciosa, conformando-se, desta forma, com a referida exclusão?*
- EE) *Salvo o devido respeito e melhor opinião, esta atuação só demonstra que para qualquer dos operadores económicos a assinatura individualizada dos documentos da proposta configura uma formalidade essencial.*
- FF) *No que respeita ao facto de o ora Recorrente não ter citado ou Invocado qualquer jurisprudência deste Douto Tribunal, não reflete, de todo e de forma alguma, o desconhecimento e desconsideração pelo ora Recorrente do labor jurisprudencial deste Digníssimo Tribunal.*
- GG) *O Recorrente só não fez menção a tal jurisprudência, permita-nos ser referido com a devida vénia, na medida em que conforme se retira da jurisprudência citada no Douto Acórdão de que ora se recorre, nenhum dos arestos tem por objeto documentos nos quais não foi aposta qualquer assinatura, tratam-se, antes, de situações materialmente distintas.*
- HH) *Se há presunções que se redram da aposição de assinaturas em documentos já as mesmas nada importam quanto a documentos nos quais não foi aposta qualquer assinatura. Não há aqui já qualquer presunção a tirar, pois faltam os elementos onde ela radicava.*
- II) *O Douto Acórdão de que ora se recorre, salvo melhor e Douto entendimento, é permissivo a interpretações do direito violadoras dos princípios da legalidade, da concorrência e da igualdade entre os concorrentes,*

- JJ) *Bem como a uma total discricionariiedade na interpretação de preceitos legais, pelo júri do concurso, que são estritamente vinculados à letra da lei!*
- KK) *Por outro lado, e não menos relevante, é de reforçar que uma interpretação demasiado discricionária pode trazer diversos constrangimentos legais e num aumento de litigância nos Tribunais Administrativos dessas matérias, considerando a existência de Sentenças e Acórdãos que têm uma posição distinta quando à matéria das assinaturas eletrónicas.*
- LL) *Desta forma, configurando a assinatura eletrónica de todos os documentos que constituem a proposta uma formalidade essencial, não poderia o ora Recorrente, salvo o devido respeito e melhor opinião, recorrer ao disposto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, para suprir a falta de assinatura do Anexo VIII.*
- MM) *Entende o ora Recorrente que a questão do suprimento de "irregularidades formais não essenciais" e "sanáveis" estabelecida pelo artigo 72.º, n.º 3 do CCP trata-se de uma questão de interpretação da norma, que tem sido levada ao conhecimento e apreciação dos nossos Tribunais de Jurisdição Administrativa na tentativa de se gerar um entendimento pacífico e uniforme a respeito da norma em apreço.*
- NN) *Assim, quando o ora Recorrente avalia a possibilidade de recorrer ao instituto estabelecido no artigo 72.º, n.º 3 do CCP, tem de determinar se se encontram preenchidos os pressupostos contidos na norma, de um ponto de vista jurídico e não (de início) de um ponto de vista financeiro que, pese embora, seja uma matéria que não é, de todo, descurada pelo Recorrente — bem, pelo contrário —, não pode, no entendimento do mesmo, prevalecer sobre o que a lei estipula a respeito deste instituto.*
- OO) *E foi isso mesmo que o Recorrente fez, pois que, conforme acima demonstrado, a assinatura eletrónica em um dos documentos da proposta consubstancia uma formalidade essencial que deixa cair, desde logo, a possibilidade de aplicação do disposto n.º 3 do artigo 72.º do CCP.*
- PP) *Neste sentido, entende o ora Recorrente, que o Douto Acórdão do Tribunal de Contas enferma de erro na Interpretação e aplicação ao caso concreto da norma constante do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, extravasando, mesmo, o alcance pretendido, pois conforme ali se estabelece: 'O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da Proposta ou candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento.'*

- QQ) *Ora, o n.º 3 do artigo 72.º reporta-se às formalidades não essenciais que careçam de suprimento, o que significa que devem ser supríveis, isto é, que se trate de formalidades cuja observância não tem de ter lugar no momento em que a lei exige que as mesmas sejam observadas, podendo ainda ser cumpridas em momento posterior, sem que tal ponha em causa os objetivos para que foram estabelecidos.*
- RR) *Portanto, apenas e só quando está em causa a preterição de formalidades não essenciais sanáveis é que o júri deve promover o respectivo suprimento, o que, salvo o devido respeito e melhor opinião, no caso sub judice não se verifica, pois como já se demonstrou, e como bem refere Pedro Costa Gonçalves, "as irregularidades formais essenciais — causadas por preterição de formalidades essenciais -, e, portanto, insupríveis ou insanáveis, serão, entre outras, as que se traduzem na apresentação de propostas sem assinatura. "*
- SS) *Conforme refere Luís Verde de Sousa "se o legislador optou por sancionar a inobservância de tais formalidades com a exclusão da proposta foi certamente Porque o mesmo as reputa de essenciais para a salvaguarda dos princípios basilares da contratação pública. De outra forma, não faria sentido que à sua violação fosse associada a consequência mais grave que uma proposta pode conhecer: a sua exclusão"*
- TT) *Apesar de o referido Autor suscitar dúvida quanto à alínea l), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, conclui dizendo: "entendemos que a Ponderação acerca da suscetibilidade de a preterição de uma norma que disciplina um aspecto formal da proposta violar os princípios estruturantes da contratação pública já foi realizada pelo legislador aquando da construção das diferentes alíneas do n.º 2 do artigo 146.º, não podendo ser erigido a critério para o intérprete qualificar, num determinado procedimento concursal, uma determinada formalidade como não essencial. "*
- UU) *Ademais, note-se que o legislador na recente alteração ao CCP (na Proposta de Lei n.º 41 /XIV/ 1.) teve a oportunidade de inserir uma disposição referente à possibilidade de a falta de assinatura ser suprida, no entanto tal alteração não foi aprovada.*
- VV) *Ora, mais uma vez, o legislador, expressa e claramente, com esta actuação, demonstrou que a falta de assinatura não configura uma mera formalidade não essencial, pois caso contrário a proposta de alteração teria vingado no nosso ordenamento jurídico.*
- WW) *Para além de o legislador admitir que fossem relevadas as irregularidades por inobservância de formalidades qualificadas como não essenciais, aquele exige, cumulativamente, que se tratem de formalidades não essenciais que careçam de suprimento ('formalidades não essenciais e que careçam de suprimento ').*

- XX) *Conforme refere Luís Verde de Sousa "o momento relevante para efeitos de cumprimento das exigências formais atinentes à proposta é, sem dúvida, o da sua entrega definitiva, momento em que a declaração de vontade do concorrente é exteriorizada "*
- YY) *Sendo que quanto à questão de saber que formalidades não essenciais carecem de ser supridas em momento posterior ao da entrega definitiva da proposta, defende o citado Autor que 'tal estará reservado para as situações em que a própria lei desqualifica a norma de forma, não sancionando a sua violação com a exclusão da proposta. Na verdade, apenas nestes casos o cumprimento posterior de uma formalidade, preterida aquando da apresentação da proposta, pode ainda revelar-se útil ou mesmo necessário "*
- ZZ) *Ora atento todo o exposto, sancionando a lei a preterição (falta) de assinatura dos documentos da proposta com a exclusão da mesma, mesmo a considerar-se a assinatura dos documentos da proposta uma formalidade não essencial — o que não se concede, mas por mera cautela de patrocínio se pondera — sempre será de concluir que a mesma não pode ser sanada.*
- AAA) *Neste sentido, escreve Luís Verde de Sousa: 'Entendemos, ainda, que o n.º 3 do artigo 72.º do CCP não permite suprir, em momento posterior ao da apresentação da Proposta, a não aposição de uma assinatura eletrónica qualificada em cada um dos documentos. Conforme já tivemos oportunidade de sustentar, as finalidades visadas pela assinatura eletrónica qualificada (a saber: a função identificadora, a função finalizadora ou confirmadora e a função de inalterabilidade) devem ser alcançadas, ainda, que por outra via, desde o momento da entrega definitiva da proposta. Na verdade, é a partir desse momento que se torna necessário garantir que um concreto concorrente se vinculou ao conteúdo da sua proposta e que os documentos apresentados não foram modificados. Pelo que, a teoria das formalidades não essenciais não permitirá degradar esta exigência de carácter formal se tais finalidades não estiverem asseguradas, por uma outra via, desde o momento da apresentação da proposta. Acresce que, não existem quaisquer indícios (no n.º 3 do artigo 72.º ou em outras normas do CCP ou da sua legislação complementar) que sugiram que o legislador pretendeu desqualificar essa exigência formal, declarando-a dispensável ou não sancionando a sua violação com a exclusão da proposta. "*
- BBB) *Note-se, conforme referem João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, o Direito da Contratação Pública "Trata-se, com efeito, de um setor dependente de procedimentos formalizados de tipo burocrático' — nos quais, sublinhe-se, as formalidades burocráticas não são vazias nem gratuitas, antes se destinando a assegurar uma rigorosa igualdade de tratamento entre todos os operadores de mercado. Esclareça-se: esse formalismo, que se*

reconhece dever ser desincentivado pelo legislador noutras áreas do Direito, produz aqui, em contraste, o efeito meritório de retirar à entidade adjudicante (ao órgão que decide contratar e ao júri) boa parte da capacidade de influir sobre o resultado do procedimento, procurando que a escolha da proposta adjudicada resulte da aplicação de regras predeterminadas na lei e nas peças do procedimento e não de preferências parciais do decisor administrativo. "

- CCC) *É por isso, escrevem os citados Autores "que se afirma que, ao contrário do que sucede noutros âmbitos do ordenamento, o reconhecimento de uma maior margem de apreciação da entidade adjudicante para decisão de aspetos inseguros ou não predeterminados nas peças é aqui encarado como indesejável: com efeito, a experiência indica que a responsabilidade na tomada de decisões que determinam o destino das propostas no momento em que já é conhecida a identidade dos seus autores — isto é: no momento em que a entidade adjudicante já sabe quais são os operadores do mercado beneficiados ou prejudicados por cada decisão que aprova— é indutora de uma inevitável carga de suspeição que a entidade adjudicante deve a todo o custo evitar".*
- DDD) *Atento todo o exposto, o ora Recorrente não se conforma com a fundamentação do Douro Acórdão emanado por este Digníssimo Tribunal, requerendo, muito respeitosamente, a V. Exa. que seja dado provimento ao presente Recurso e, em consequência, seja concedido visto ao contrato submetido à V/ Doutra fiscalização prévia.*
- EEE) *No que concerne à questão da falta de tradução legalizada e bem assim, a falta de declaração de prevalência, entendeu o Douro Tribunal que "O que se disse quanto à assinatura vale, por igualdade de razão, para a não entrega com a proposta da tradução devidamente legalizada da ficha técnica do produto e da declaração de prevalência sobre os respetivos originais. Note-se que foi entregue a ficha técnica. O elemento em falta era a tradução e a declaração de prevalência. É uma simples e evidente formalidade não essencial — a ficha técnica está junto à proposta -, facilmente suprível, e controlável à posteriori. Igualmente, em nada é atingida, tanto a concorrência, como a igualdade entre os concorrentes. " (cfr. Ponto 50 do Douro Acórdão do Tribunal a quo).*
- FFF) *Todavia, salvo melhor opinião, não nos podemos conformar com esta decisão, como melhor se explanará de seguida.*
- GGG) *Efetivamente, não existem dúvidas que a ficha técnica foi entregue com a apresentação da proposta pela Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, dos Açores, UCRL. Aliás, a sua apresentação era obrigatória, porquanto, sendo a ficha técnica, um*

- documento exigido pelo PC, a sua apresentação não é facultativa. E, outrossim, um atributo essencial da proposta e, como tal, enquadrável no n.º 1 c) do artigo 57.º do CCP.*
- HHH) *A questão que aqui importa analisar prende-se com o facto de saber se a ficha técnica apresentada pela concorrente Lactaçoeres preenchia as formalidades legalmente exigidas para o efeito, o que não se concebe nem se concede. Porquanto:*
- III) *Estipula o artigo 132.º n.º 1 alínea i) do CCP que o PC deve indicar "(...) os documentos que constituem a proposta que podem ser redigidos em língua estrangeira, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 58.º"*
- JJJ) *No caso em concreto e de acordo com o PC, o qual define os termos a que obedece a fase de formação do contrato, "A Proposta e os documentos são obrigatória e exclusivamente redigidos em língua portuguesa ou, não o sendo, devem ser acompanhados de tradução devidamente legalizada, em relação á qual o concorrente declara aceitar a prevalência, para todos os efeitos, sobre os respetivos originais" (vide ponto 9.5 do PC).*
- KKK) *A este respeito, disciplina ainda o n.º 1 do artigo 58.º do CCP, que a proposta e todos os documentos que a constituem e integram, devem estar redigidos numa única língua, que é a portuguesa.*
- LLL) *E, estatui o n.º 3 do artigo 11.º da Constituição da República Portuguesa que "A língua oficial é o Português. "*
- MMM) *Sucede, porém, que a ficha técnica apresentada pelo concorrente Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, dos Açores, UCRL, estava redigida em quatro idiomas distintos. Em concreto, o Idioma português e outros três idiomas, a saber, o inglês, francês e espanhol.*
- NNN) *Atento o supra exposto e considerando que a ficha técnica que instruí a proposta da Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, dos Açores, UCRL estava redigida em língua estrangeira, sem acompanhamento da tradução devidamente legalizada nem tão pouco da declaração de prevalência, sempre se diga que aquela proposta violou o disposto no ponto 9.5. do PC e o artigo 58.º n.º 1 do CCP.*
- OOO) *Pelo que, não cabia outra atuação ao júri que não fosse a exclusão daquela proposta, em conformidade com o disposto no ponto 17 do PC e na alínea e) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.*
- PPP) *Por outro lado, sempre se diga que, não seria minimamente exigível que o júri do concurso dominasse as três línguas (inglês, francês e espanhol) que constam da ficha técnica, junta com a proposta da Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, dos Açores, UCRL, para atestar que aquelas correspondiam integralmente ao texto em português.*

- QQQ) *Competia à concorrente Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, dos Açores, UCRL acompanhar a ficha técnica da respetiva tradução legalizada e bem assim, da declaração de prevalência, que era exigida. O que, não tendo acontecido, comprometeu irremediavelmente a própria compreensibilidade ou intangibilidade do documento, na medida em que a concorrente não assegurou nem tão pouco logrou demonstrar a integral correspondência entre as alegadas traduções e o idioma original.*
- RRR) *A ficha técnica é um documento que compõe a proposta e como tal, tem de ser entendido de forma una e íntegra, o que é Inconciliável com uma análise limitada à compreensibilidade de um dos textos, até por força do artigo 58.º n.º 1 do CCP que se aplica a documentos e não a textos.*
- SSS) *Ora, tendo em conta que a compreensibilidade é aferida ao documento, que por sua vez, é composto por um conjunto de textos em português, exigia-se aos concorrentes que os documentos estivessem redigidos em português, com todos os seus textos em português.*
- TTT) *Donde se conclui que, não sendo possível compreender todos os textos que estão no documento Ficha Técnica da Lactaçoeres, a mesma é ininteligível.*
- UUU) *A este respeito, dizem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, que é causa de exclusão de propostas "(...) por razões respeitantes ao idioma em que vêm formulados, o facto de qualquer dos seus documentos obrigatórios (ou parte essencial dos mesmos) estarem redigidos numa língua estrangeira ou então em língua estrangeira não prevista no convite ou no programa do procedimento — como resulta da segunda parte da alínea e) do art. 146º/2 do Código".*
- VVV) *No caso em apreço, a ficha técnica não se encontrava exclusivamente redigida em português; a mesma não apresentava tradução devidamente legalizada e não tinha declaração de prevalência sobre os respetivos originais, violando o disposto no ponto 9.5. do PC e o artigo 58.º n.º 1 do CCP. Razão pela qual, a proposta teria de ser excluída, ao abrigo do disposto no artigo 146.º n.º 2 alínea e) do CCP.*
- WWW) *Em face do exposto, e salvo melhor entendimento, é por demais evidente, que a falta de tradução legalizada não se trata de uma formalidade não essencial. A legalização da tradução e a declaração de prevalência são elementos integrantes da proposta e que são fulcrais para a compreensibilidade da mesma. E, nessa medida, constituem uma formalidade essencial, que não carecem de suprimento!*
- XXX) *A tradução legalizada da ficha técnica é uma formalidade essencial que não pode ser sanada.*

- YYY) *E, caso o júri tivesse recorrido ao mecanismo previsto no n.º 3 do artigo 72.º do CCP e tivesse solicitado aos concorrentes que suprissem irregularidades, estaria, por um lado, a permitir a legalização de documentos que não estão em conformidade com o PC e com o CCP e que não sabemos se reproduzem e correspondem fielmente o que é mencionado nos outros idiomas em que a ficha técnica apresentada pela concorrente Lactaçoeres é redigida e por outro, estaria a abrir um precedente, ao permitir que tais documentos fossem entregues depois do termo do prazo de apresentação das propostas, o que é manifestamente ilegal e viola os mais basilares princípios da contratação pública, designadamente o princípio da concorrência e o da igualdade de tratamento!*
- ZZZ) *A este respeito, convém ainda chamar à colação o disposto no n.º 3 do artigo 56.º da Diretiva 2014/24/EU, segundo o qual, o recurso ao regime do suprimento das irregularidades das propostas, só é permitido quando as peças do procedimento e a legislação nacional não cominem a falta com a exclusão da proposta.*
- AAAA) *Ora, in casu, essa cominação resulta quer do PC, quer do CCP!*
- BBBB) *Assim, atendendo a que a ficha técnica da concorrente Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, dos Açores, UCRL, não apresentava tradução devidamente legalizada e declaração de prevalência sobre o original, encontrava-se verificado o motivo de exclusão da proposta plasmado no artigo 146.º, n.º 2, alínea e) do CCP.*
- CCCC) *A ser de outro modo, estaríamos a desvirtuar os princípios que norteiam a contratação pública, designadamente o princípio da legalidade, segurança jurídica, o princípio da confiança dos particulares e bem assim, o princípio da igualdade.*
- DDDD) *Por fim, sempre se diga que não deve relevar apenas e só a poupança do erário público quando está em causa uma proposta mais barata, mas ilegal. Além do Interesse público, importa cumprir o princípio da legalidade, que, neste caso, impõe a exclusão da proposta da Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, dos Açores, UCRL., atendendo à violação do artigo 58º, 146.º nº 2 alínea e), ambos do CCP e do ponto 9.5 e 17 do PC.*
4. Posteriormente, ao abrigo do disposto no art.º 99.º, nº 1, da LOPTC, o Ministério Público emitiu parecer no sentido da não procedência do recurso.
 5. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II FUNDAMENTAÇÃO

II.1 DE FACTO

6. Na decisão recorrida foi dada por assente, por provada, a seguinte factualidade, não impugnada nestes autos de recurso, que se mantém:

- a) O contrato celebrado entre o ISS e PARMALAT Portugal – Produtos Alimentares, Lda., outorgado em 06/07/2021, indica como objeto “*fornecimento de género alimentar leite de vaca ultrapasteurizado (UHT) meio gordo (...) no âmbito do Fundo Europeu de apoio às pessoas mais carenciadas (FEAC 2019/2022)*”, estabelecendo-se que “*o prazo de execução do presente contrato decorre entre 01 de agosto de 2021 a 15 de abril de 2022*” (cláusula 12.^a).
- b) O contrato foi outorgado na sequência de concurso público internacional em que o preço base estabelecido foi €1879.968,65.
- c) O aviso do concurso foi publicitado no *Diário da República*, II série, de 25/09/2020 e 21/12/2020, e no *Jornal Oficial da União Europeia*, de 28/09/2020, 02/10/2020 e 23/12/2020.
- d) A modalidade estabelecida para a avaliação do critério legal de adjudicação foi o preço enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.
- e) Foram apresentadas quatro (4) propostas, das concorrentes (1) Parmalat Portugal – Produtos Alimentares, Lda. (2) Albisabores, Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Unipessoal Lda., (3) Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, e (4) Lactogal-Produtos Alimentares, S.A.
- f) Os preços globais e unitários apresentados por cada uma das concorrentes foram os seguintes:

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

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

- g) Apenas a proposta apresentada pela concorrente Parmalat Portugal – Produtos Alimentares, Lda. foi admitida, tendo as restantes três sido excluídas pelos seguintes motivos:

- a) Proposta apresentada pela entidade Albisabores, Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Unipessoal, Lda - Não estar instruída com todos os documentos solicitados no ponto 15 do programa de concurso (Documentos que constituem a proposta), designadamente os documentos das al.s, g), i) e j));
- b) Proposta apresentada pela entidade Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL - O Anexo VIII, solicitado na al. j) do ponto 15 do Programa de Concurso não ter a aposição de assinatura digital qualificada no *Excel*, conforme é exigido no ponto 15.3 do programa do concurso e nos termos do n.º 1 do art.º 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17/08, e não juntar à proposta a tradução devidamente legalizada relativamente à ficha técnica do produto, nem a declaração de prevalência, sobre os respetivos originais;
- c) Proposta apresentada pela entidade Lactogal-Produtos Alimentares, S.A. - A ficha técnica apresentada pelo concorrente não ter sido validada pela ASAE.
- h) Perante tais exclusões, designadamente perante a exclusão da proposta apresentada pela entidade Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, por ofício datado de 28/07/2021 foi o ISS interpelado a justificar por que motivo não recorreu ao mecanismo de suprimento de irregularidades de propostas, face ao disposto no n.º 3 do art.º 72.º do CCP, pronunciando-se especificamente quanto à suscetibilidade de suprimento de cada uma das formalidades preteridas e que originaram exclusão de propostas, mais tendo sido solicitada a indicação dos preços globais e unitários propostos pelas entidades concorrentes que apresentaram proposta.
- i) Por ofício datado de 12/08/2021, o ISS respondeu ao pedido de esclarecimentos, tendo declarado, além do mais, que excluiu a proposta da Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, *“ao abrigo artigo 62.º do CCP e artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, conjugado com a alínea l) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, pelo motivo da falta de aposição da assinatura digital quilificada no Anexo VIII e ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º, conjugado com o artigo 57.º todos do CCP, pelo motivo de não ter instruído a proposta com a tradução devidamente legalizada relativamente à ficha técnica do produto, nem a declaração de prevalência, sobre os respetivos originais”*.
- j) Mais esclareceu que, em seu entender:
- “Os motivos que levaram à exclusão destas propostas não se enquadram no conceito de formalidades não essenciais a própria lei identifica através de exemplos taxativos, nomeadamente apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta e desde que não contrariem elementos constantes de documentos das propostas, que alterem ou completem estas nas*

respetivas características ou que se destinem ou visem suprir omissões da proposta por violação ao caderno de encargos nas situações expressamente e previamente previstas nas peças que tais situações se consubstanciam em motivos de exclusão.

Não se tratam de diferenças que levem à falta de clareza, explicitar, clarificar algum elemento da proposta que está ou parece estar enunciado de modo pouco claro, ou de não ser apreensível, ou unívoco o sentido duma expressão, dum aspeto ou elemento da proposta.

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

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

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

- k)** Em Sessão Diária de Visto de 20/08/2021 foi decidido devolver o contrato ao ISS para, além do mais, se pronunciar quanto ao facto de considerar que os motivos de exclusão da proposta da concorrente Lactaçores - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL não são passíveis de suprimento, nos termos do n.º 2 do art.º 72.º do CCP, uma vez que se trata de assinatura de um documento já junto com a proposta e da entrega de tradução de documentos já juntos com a proposta, tendo presente os Acórdãos 17/2020 – 1.ª Secção – SS, de 25/03/2020 e 16/2021 – 1.ª Secção – SS, de 29/06/2021, do Tribunal de Contas (TdC).
- l)** Por ofício datado de 21/09/2021, o ISS respondeu à notificação para pronúncia nos seguintes termos:
- “O artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), sob a epígrafe “Documentos da Proposta” estabelece quais os documentos constitutivos da proposta, determinando a alínea c) do n.º 1 do citado artigo 57.º que são documentos da proposta os documentos exigidos pelo programa de procedimento que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da*

execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule. Por sua vez, o n.º 4 do mesmo artigo exige que os documentos referidos no n.º 1 e 2 devem ser assinados pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para obrigar, sendo que o n.º 1 do artigo 54.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, dita que os documentos submetidos na plataforma eletrónica devem ser assinados com recurso a assinatura eletrónica qualificada.

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

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

i) a proposta e os documentos são obrigatória e exclusivamente redigidos em língua portuguesa ou, não o sendo, devem ser acompanhados de tradução devidamente legalizada, em relação à qual o concorrente declara aceitar a prevalência, para todos os efeitos, sobre os respetivos originais;

ii) todos os documentos devem ser assinados individualmente com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica próprios do concorrente ou dos seus representantes legais.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pelo que, perante um regime imperativo sobre uma formalidade essencial, impõe-se concluir que a falta de assinatura legalmente exigida implica necessariamente a exclusão da proposta, tal como decorre do disposto nas alíneas e) e l) do n.º 2 do artigo 146.º - “No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor,

fundamentadamente, a exclusão das propostas:”, impendendo sobre o júri do procedimento um dever de exclusão sempre que se verifique algum dos motivos de exclusão previstos nas diversas alíneas.

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

A proposta submetida pelo concorrente Lactaçoeres - União das Cooperativas de Lacticínios, UCRL, foi ainda excluída por violação do disposto no n.º 1 do artigo 58.º e do ponto 9.5 do programa de procedimento - que prevê expressamente a obrigatoriedade do idioma da proposta exclusivamente redigida em língua portuguesa ou, não o sendo, devem ser acompanhados de tradução devidamente legalizada, em relação à qual o concorrente declara aceitar a prevalência, para todos os efeitos, sobre os respetivos originais - pela apresentação de documento redigido em vários idiomas, sem que o mesmo fosse acompanhado de tradução devidamente legalizada. Recaindo também neste caso sobre o júri o dever de exclusão, nos termos do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, em consonância com a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo a 08/04/2018, no âmbito da ação de contencioso pré-contratual urgente, processo n.º 0771/17.5 BEAVR.

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

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

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

termos do CCP na exclusão da proposta acrescido da previsão expressa no Programa do Concurso.”.

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

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

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

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

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

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

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

7. Não houve factos considerados como não provados pela instância *a quo*.

II. 2 DE DIREITO

8. As questões a decidir neste recurso são:

- aferir do erro decisório porque, no caso, estava vedado à Entidade fiscalizada recorrer ao regime do suprimento, previsto no art.º 72.º, n.º 3, do CCP, pois a exigência de assinatura eletrónica do Anexo VIII e a entrega pelo concorrente, com a sua proposta, da tradução legalizada da ficha técnica do produto e da declaração de prevalência sobre o original, constituíam formalidades essenciais e insupríveis.

9. As entidades fiscalizadas estão sujeitas ao ónus de alegarem e provarem o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no art.º 81.º, n.º 1, da LOPTC, as

instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do TdC¹, aprovada ao abrigo do art.º 77.º, n.º 1, al. b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto pelo art.º 81.º, n.º 1, da LOPTC.

10. As conclusões das alegações definem o objeto do recurso e delimitam o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (cf. art.ºs 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil - CPC), sem prejuízo das questões passíveis de conhecimento oficioso (cf. art.º 608.º, n.º 2, *ex vi* art.º 663.º, n.º 2, do CPC), normas supletivamente aplicáveis ao presente recurso nos termos do art.º 80.º da LOPTC.
11. No recurso, o tribunal *ad quem* está apenas obrigado a resolver as questões que lhe sejam submetidas à apreciação e que não se encontrem prejudicadas pela solução dada a outras – e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações e conclusões de recurso, conforme o disposto nos artigos 608.º, n.º 2 e 663.º, n.º 2, do CPC.
12. Diz o Recorrente, que o Anexo VIII é um documento da proposta, exigido ponto 15.1, al. j), do Programa de Concurso (PC), que contém aspetos da execução do contrato, relacionados com a volumetria da embalagem individual, coletiva e das paletes, na sua totalidade, essenciais para calcular a área de armazém, necessária para armazenar os produtos recebidos mensalmente, dados que não estão replicados em nenhum outro ponto da proposta ou nos restantes documentos anexos a esta. Mais alega o Recorrente, que tal informação era determinante para efeitos de execução do contrato, sob pena de puderem ocorrer custos acrescidos.
13. O Recorrente aduz, ainda, que da aplicação conjugada dos art.ºs 57.º, n.º 1, al. c), 62.º, n.ºs 1, 4, CCP, pontos 9.6, 15.1, al. j), do PC, 54.º, n.ºs 1 a 5 e 68.º, n.º 4, da Lei n.º 96/2015, de 17/08, resulta que o Anexo VIII, enquanto documento da proposta, tinha obrigatoriamente de ser assinado individualmente e com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica, sendo essa formalidade essencial e insuprível. Não estando assinado tal documento, o concorrente Lactaçoeres não se vincula ao seu conteúdo.
14. Na ótica do Recorrente, o recurso ao regime do suprimento implicaria a violação dos princípios da transparência, da concorrência, da intangibilidade da proposta, da igualdade dos concorrentes, da legalidade e da imparcialidade, pois permitiria que o concorrente se vinculasse

¹ Publicada no DR, 2.ª série, de 04/05/2020, revista pelas Resoluções n.º 2/2020 e n.º 4/2020 e integralmente republicada no DR, 2.ª série, de 14/07/2020 e, na sua atual versão, no DR, 2.ª série, de 05/01/2021.

à proposta apresentada, aos seus termos, após a abertura do concurso, quando já são conhecidas as demais propostas.

15. Segundo o Recorrente, a omissão na assinatura dos documentos da proposta, designadamente da assinatura eletrónica qualificada, determina, imperiosamente, a exclusão da proposta e candidatura, conforme decorre dos art.ºs. 62.º, n.º4, 146.º, n.º2, al. l) do CCP e 54.º, n.º 1, da Lei n.º 96/2015, de 17/08.
16. Diz também o Recorrente, que conforme os art.ºs 58.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, al f), do CCP e o ponto 9.5 do PC, os concorrentes tinham de entregar a tradução legalizada e a declaração de prevalência relativamente aos documentos entregues em língua estrangeira. A concorrente entregou a ficha técnica redigida em português, inglês, francês e espanhol, e não juntou uma tradução legalizada e uma declaração de prevalência. Com essa conduta, a concorrente comprometeu irremediavelmente a própria compreensibilidade ou intangibilidade do documento, pois não é exigível ao júri que domine línguas estrangeiras. Mais invoca o Recorrente, que a ficha técnica é um documento que integra a proposta, que tem de ser entendido de forma una e íntegra, o que é inconciliável com uma análise limitada à compreensibilidade de um dos textos.
17. Alega o Recorrente, que a admissão do suprimento desta falha colide com os princípios da concorrência, da igualdade, da legalidade, da segurança jurídica e da confiança dos particulares, pois estar-se-ia a admitir a entrega de um documento essencial à compreensibilidade da proposta quando já se conheciam as demais propostas. Assim, por imposição dos art.ºs 146.º, n.º 2, al. e), do CCP e ponto 17 do PC, o júri teria necessariamente de excluir o concorrente.
18. O Recorrente lembra, ainda, que o art.º 56.º n.º 3, da Diretiva 2014/24/EU, só prevê a possibilidade de suprimento das irregularidades das propostas quando as peças do procedimento e a legislação nacional não cominem a falta com a exclusão da proposta e, no caso, essa cominação vem prevista quer no art.º 146.º, n.º2, al. e), do CCP, quer no ponto 17 do PC.
19. Vejamos.
20. A questão de fundo trazida a litígio não é nova na jurisprudência deste TdC, que a tratou em diversos arestos, ou a teve por subjacente nas suas decisões. Tal questão é, também, há longos anos discutida nos Tribunais Administrativos. Igualmente, é uma questão que tem sido alvo de alguma discussão e crítica doutrinal, quer quanto à (má) solução legislativa, quer quanto à

jurisprudência seguida pelos diversos tribunais. Por seu turno, a recente alteração ao art.º 72.º, n.º 3, do CCP, enublou ainda mais uma questão que já era suficientemente controversa.

21. Basicamente, discute-se aqui a eficácia excludente da preterição de formalidades procedimentais, relativamente às propostas e candidaturas apresentadas no âmbito de concursos públicos. Mais precisamente, nestes autos discute-se essa eficácia excludente em relação a formalidades expressamente previstas na lei e nas peças concursais como obrigatórias e sancionadas com a referida exclusão.
22. Na decisão recorrida apreciou-se essa eficácia excludente à luz do novo art.º 72.º, n.º 3, do CCP, entendendo-se que, no caso, estava em causa a preterição de formalidades não essenciais, pelo que se impunha à Entidade fiscalizada a aplicação do regime de tal artigo.
23. Contra essa decisão insurge-se o Recorrente, invocando que, na situação concreta, as formalidades preteridas são essenciais, pelo que não se aplica o regime do art.º 72.º, n.º 3, do CCP. Para o efeito, aduz o Recorrente que as formalidades em questão estão previstas na lei, que também prevê expressamente, como sanção para o seu incumprimento, a exclusão da proposta do concorrente, não podendo a Entidade fiscalizada deixar de aplicar a cominação legal, sob pena de cometer um ato (administrativo) ilícito.
24. Para a dilucidação do presente recurso há, pois, que apreciar: (i) a origem da distinção entre formalidades essenciais e não essenciais e a correspondente caracterização dessas duas figuras; (ii) o âmbito da previsão do art.º 72.º, n.º 3, do CCP, designadamente, o conceito “*formalidades não essenciais, que careçam de suprimento*”; (iii) os deveres que decorrem para a Entidade Adjudicante do preceituado no art.º 72.º, n.º 3, do CCP; (iv) a eventual utilização pelo intérprete-aplicador, no âmbito da contratação pública e relativamente às irregularidades constantes das propostas, da dogmática que se desenvolveu acerca da degradação das formalidades essenciais – no caso, previstas na lei como obrigatórias e *ad substantiam* - em formalidades não essenciais e da possibilidade da sua sanção *à posteriori* do momento legalmente determinado para a respetiva efetivação; (v) o dever da Entidade Adjudicante lançar mão a tal dogmática para “salvar” propostas irregulares.
25. Iniciemos a nossa análise, salientando que como quadro de fundo desta discussão encontramos a obrigação de harmonização entre os princípios da igualdade e da concorrência - enquanto princípios alicerçados em aspetos formais - da transparência, da imparcialidade, da publicidade, da estabilidade, da intangibilidade das propostas, da segurança jurídica e da confiança, com os princípios da igualdade concorrencial, da boa-fé da declaração negocial - na sua vertente de primazia da materialidade subjacente - da proporcionalidade, da eficiência e do interesse

público financeiro. A este propósito, Miguel Assis Raimundo fala, também, num princípio de igualdade de oportunidades substancial (cf. RAIMUNDO, Miguel Assis - A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público. 1.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 1113).

26. A indicada harmonização deve, ainda, ser compreendida dentro do direito da contratação pública, que por imposição comunitária exacerbou o procedimento como forma de acautelar os vários princípios deste sub-ramo do direito público. Ou seja, há que ponderar os valores em avaliação considerando que o procedimento concursal – e os desvalores decorrentes da preterição das normas formais e procedimentais - visam assegurar não tanto as garantias dos particulares - de participação e defesa – ou realização do interesse público e da eficiência administrativa, mas também, fortemente, a própria realização do direito da contratação pública, nacional e comunitário e com ele dos princípios da concorrência, transparência e igualdade formal.
27. A caracterização e a distinção entre formalidades essenciais e não essenciais não é feita pelo legislador. Fica, pois, a cargo do intérprete-aplicador da lei.
28. Quanto à origem da distinção é jurisprudencial e está associada ao ato administrativo e à ilegalidade consequente de vícios formais e procedimentais. Entretanto, esta mesma distinção foi desenvolvida a propósito do princípio do aproveitamento do ato administrativo e está ínsita ao regime atualmente consagrado no art.º 163.º, n.º 5, al. b), do Código de Procedimento Administrativo (CPA).
29. Mais se indique, que desde a sua criação até à atual consagração no CPA, este regime foi sendo alvo de muitas críticas, sobretudo doutrinárias, face ao risco que comporta em termos de tutela de legalidade e de segurança jurídica. Nessa mesma perspetiva, aponta-se a solução como algo excecional, como uma válvula de escape para situações que afrontem claramente o princípio da proporcionalidade e não como uma regra geral (cf. neste sentido, entre muitos, ALMEIDA, Mário Aroso de - Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp.206-212; OTERO, Paulo - Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1023-1030; ANTUNES, Luís Filipe Colaço - A Ciência Jurídica Administrativa. 1.^a ed., 2.^a Reimp. Coimbra: Almedina, 2014, pp249-253; MONCADA, Luiz S. Cabral de - Código do Procedimento Administrativo, Anotado. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 582-595; Fazendo uma resenha das críticas e da posição assumida na doutrina e na jurisprudência dos tribunais administrativos e do TJCE, em sede de contratação pública, vide, PAÇÃO, Jorge - O regime de suprimento de irregularidades

das propostas e candidaturas. *Revista dos Contratos Públicos*. Coimbra. 22 (2020) 27–45. Vide, também, MATOS, Sara Younis Augusto de - Suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a questão das assinaturas eletrónicas, em especial. In *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (16-17/05/2019, FDUL) – Atas da Conferência*. Coord. RAIMUNDO, Miguel Assis. 1.ªed. Lisboa : AAFDL, 2020. pp. 57–82).

30. Como critério para a distinção entre formalidades essenciais e não essenciais refere-se, pacificamente, a circunstância da própria lei qualificar, direta ou indiretamente, tal formalidade como não essencial (sobre os critérios para a distinção vide, entre outros, na doutrina, OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves - *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 243-247; CORREIA, Sérvulo - *Noções de Direito Administrativo*. 1.ª ed. Lisboa: Editora Danúbio, 1982, p. 386; ALMEIDA, Mário Aroso de - *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 206-207; AYALA, Bernardo Diniz - A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno) de 17.1.2001, P. 44249. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga. 56 (2006), pp. 27-30. SOUSA, Luís Verde de - Algumas considerações sobre o novo regime de suprimento de irregularidades das propostas. In *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos* Coord. GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Ricardo; CALDEIRA, Marco. 1.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017. pp. 615-616; SOUSA; Luís Verde de - A assinatura eletrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela Lei 96/2015. *Revista dos Contratos Públicos*. Lisboa. 24 (2020) 91-101. Na jurisprudência, entre muita, vide, os Acs. do TdC n.º 21/2009, 1.ª S/PL, de 02/06/2009 e os Acs. do STA n.º 0357/18.7BEFUN, de 09/07/2021, n.º 0236/16, de 12/05/2016, n.º 856/15, de 01/10/2015, ou do TCAS n.º 245/19.0BEFUN, 30/04/2020, n.º 764/19.8BELSB, 16/04/2020, n.º 219/19.0BEFUN, de 27/02/2020, n.º 09245/12, de 08/11/2012, ou do TCAN n.º 00731/20.9BELSB, de 19/02/2021, n.º 00577/18.4BEVIS, de 12/06/2019, ou n.º 01606/13.3BEBRG, de 20/02/2015).
31. No âmbito de tais formalidades não essenciais incluem-se as meramente burocráticas, destinadas apenas a garantir a boa marcha interna dos serviços, que, por isso, que não cumprem nenhum fim substancialmente relevante.
32. Visto noutra prisma, para a caracterização da formalidade como essencial concorre, portanto, a circunstância da mesma ser caracterizável como *ad substantiam*.
33. Para a referida distinção indica-se, também, de forma pacífica, a necessidade do recurso ao critério teleológico, ou à teleologia da norma – seja norma princípio, seja regra. Se atendendo

ao bem jurídico que a norma visa proteger é possível concluir que a ilegalidade cometida nenhuma influência teve no resultado final, que foi identicamente alcançado, então, a formalidade preterida não será essencial. Isto é, se apesar da norma procedimental ou formal ter sido preterida, os interesses e objetivos que se visavam acautelar não saíram prejudicados ou desprotegidos em consequência daquela inobservância, então, estamos frente a uma formalidade não essencial. Logo, tal formalidade pode ser sanada, eventualmente com a correção da omissão em falta *à posteriori*.

34. Para além disso, uma formalidade só pode ser qualificada de não essencial quando a sua omissão que não colide com os princípios gerais, no seu reduto mínimo ou no seu âmago, no caso, com os princípios que regem os procedimentos concursais. Se colidir, então, a formalidade é essencial.
35. Com este enquadramento, apontam-se as formalidades exigidas pelo bloco legal – pelo legislador e pelas normas concursais - como formalidades essenciais, ou que devem presumir-se essenciais. No primeiro caso, o respeito à norma que prescreve a formalidade é uma obrigação da Administração decorrente do princípio da legalidade. No segundo caso, a obrigação de respeito pela Administração à norma que ela mesmo criou deriva da sua autovinculação e da proibição de derrogação singular de normas regulamentares.
36. Devem também presumir-se como essenciais as formalidades relativamente às quais o legislador comina a sua inobservância com a exclusão da candidatura ou da proposta do concorrente.
37. A rigidez na tramitação procedimental ou a circunstância do legislador ter previsto momentos procedimentais preclusivos, em que a formalidade tem necessariamente de ter lugar, sob pena de ficar prejudicado o próprio objetivo da norma, indicam-nos, igualmente, a essencialidade da formalidade preterida.
38. Sobre a referida distinção, cite-se o Ac. deste TdC n.º 21/2009, 1.ª S/PL, de 02/06/2009, que num caso em que se discutiu os efeitos da omissão de um dado item e respetivo preço no mapa de quantidades, apresentado no âmbito de uma empreitada de obras públicas que se regia pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 02/02, designadamente em que se discutiu os efeitos da exigência constante dos art.ºs 73.º, n.ºs 1, 2, al. b) e 94.º, n.º 2, al. b), daquele diploma legal, considerou que tal omissão devia ser considerada ou degradada em não essencial, face à manifesta insignificância de tal elemento, atendendo a que representava um valor de 0,22% no valor total da empreitada, que se devia considerar já englobado no preço total apresentado pelo concorrente. Assim, a este propósito, afirma-se paradigmaticamente no citado Acórdão deste

TdC o seguinte: “18. A doutrina e a jurisprudência abordam a matéria, embora seja reconhecidamente —questão difícil e complexa, que, compreensivelmente, o legislador não quis resolver. Não havendo nelas completa uniformidade, poderá contudo afirmar-se que são essenciais todos aqueles elementos ou aspectos legalmente decisivos, estruturais ou indispensáveis para a boa formação do acto administrativo.

19. Os elementos cuja ausência provoca a nulidade de actos – e, por isso, são essenciais - podem ser determinados:

a) Pela sua tipologia: há tipos de elementos cuja ausência determina aquela sanção;

ou

b) Pelo grau de essencialidade ou de imprescindibilidade do elemento para a boa formação do acto: neste caso, a essencialidade terá de aferir-se caso a caso, em função do seu grau, e em função deste determinar-se-á a existência, ou não, de nulidade.

20. Refira-se ainda:

a) Devem ser tidos como essenciais os elementos ou aspectos aos quais a própria lei atribui características de essencialidade e de obrigatoriedade;

b) A essencialidade pode ser descoberta, por paralelismo ou analogia, a partir das combinações legais existentes quanto a nulidades (como as que são feitas no nº 2 do artigo 133º do CPA);

c) A essencialidade pode também ser aferida, em concreto, em função do tipo de acto em causa, da gravidade do vício que o afecta ou de circunstâncias que o rodeiam . A consideração do caso concreto parece ter completa pertinência. Essa foi uma razão para o legislador ter deixado a matéria ao domínio da doutrina e da jurisprudência.

(...) 28. Acrescente-se que aceitar proposta a que falte elemento no mapa de quantidades e trabalhos considerado não essencial, promover a sua correcção e avaliá-la em conformidade, em nada belisca a observância de princípios a que se subordina a contratação pública, designadamente:

a) O princípio da igualdade dos concorrentes, desde que a todos seja dada a mesma oportunidade de correcção de elementos não essenciais;

b) O princípio da imparcialidade, que fica salvaguardado com a equidistância mantida pelo dono da obra relativamente a todos os concorrentes e a todos os interesses em presença;

c) O princípio da comparabilidade das propostas, assegurada pelo facto de se tratar de elementos não essenciais e susceptíveis de correcção ou de integração;

d) O princípio da transparência, assegurada pela fixação de regras iguais para todos os concorrentes e a todos comunicadas;"

e) O princípio da concorrência, na medida em que se criam condições para a manutenção em procedimento do maior número de propostas;

f) O da prossecução do interesse público, pois só com o maior número possível de propostas a entidade adjudicante poderá escolher a melhor proposta.

29. Acrescente-se que deve competir à entidade adjudicante aferir, em primeira linha, quanto ao grau de essencialidade do elemento em falta, através dos seus órgãos e dos constituídos para conduzir o procedimento de formação do contrato: as comissões ou júri do procedimento”.

39. Saliente-se, por fim, tal como já assinalamos, que a teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais foi pensada e desenvolvida em volta do regime da invalidade do ato administrativo, visando obstar à produção dos efeitos anulatórios que decorriam da ilegalidade verificada. Até à consagração dos art.ºs 163.º e 168.º do CPA, a possibilidade de se obstar à produção de tais efeitos anulatórios frente a um ato administrativo ilegal, de se proceder ao aproveitamento do ato administrativo, só se configurava no âmbito de um processo judicial, podendo, na sentença, invocar-se o princípio (processual) de aproveitamento do ato administrativo. Com a introdução dos art.ºs 163.º e 168.º do CPA esse princípio assume-se como substancial e procedimental, passando a poder ser invocado também pela Administração. Porém, é pacífico que não existe no âmbito do CPA um dever da Administração, oficiosamente, anular um ato administrativo. Isto é, não existe um dever de anulação Administrativa, estando no poder discricionário da Administração proceder, ou não, a essa anulação (cf. neste sentido, entre outros, MONCADA, Luiz S. Cabral de - Código do, *ob. cit.*, pp. 611-612).

40. Feito este primeiro enquadramento, passemos à análise do âmbito da previsão do art.º 72.º, n.º 3, do CCP.

41. Tal como o artigo indica, o ali previsto restringe-se às “*formalidades não essenciais, que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta ou da candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento*”.

42. Estão em causa irregularidades de forma, isto é, relativas à forma ou ao modo de apresentação das propostas, excluindo-se as irregularidades de forma que se reconduzam, identicamente, a irregularidades materiais ou substanciais, *maxime* as que sejam fundamento legal de exclusão das propostas (cf. neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - Direito dos Contratos Públicos. 5.^a

- ed. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 839-840 e FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da, Vol. II, pp. 198-209; SOUSA, Luís Verde de - Algumas considerações, *ob. cit.*, pp. 621–633).
43. Identicamente, como ensina a doutrina, apesar do legislador ter usado naquele preceito a expressão “*formalidades não essenciais*”, remete para um regime de regularização ou de suprimimento, semelhante ao adotado no art.º 108.º, n.º 1, do CPA, que se arreda da teoria jurídico-administrativa do aproveitamento do ato administrativo através da degradação das formalidades essenciais em não essenciais (cf. neste sentido GONÇALVES, Pedro Costa - Direito dos, *ob. cit.*, pp. 840-845; Luís Verde de - Algumas considerações, *ob. cit.*, p. 621; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos. Reimp. 1.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 161-166; PAÇÃO, Jorge - O regime de suprimimento, *ob. cit.*, pp. 47-55).
 44. Nesta mesma lógica, o âmbito da previsão do art.º 72.º, n.º 3, do CCP, restringe-se às irregularidades formais não essenciais, as únicas passíveis de suprimimento ou regularização.
 45. Neste ponto, saliente-se, como bem nota Luís Verde de Sousa, que as referências no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/08, à “*recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público*”, terão de ser entendidas como referidas ao regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 08/06, anterior ao CCP, relativas à admissão condicional da proposta em caso de falhas na apresentação de documentos relacionados com a atual fase da habilitação dos concorrentes. Portanto, indiscutivelmente, a tolerância que se permitia no regime da contratação pública relacionava-se com a apresentação de documentos relativos às capacidades dos concorrentes e não com os atributos, termos ou condições das propostas apresentadas nos concursos (cf. para mais desenvolvimentos, vide, SOUSA, Luís Verde de - Algumas considerações, *ob. cit.*, pp. 606-612; ou PAÇÃO, Jorge - O regime, *ob. cit.*, pp. 27–28 e 36-50).
 46. Consequentemente, o atual 72.º, n.º 3, do CCP, tem de ser entendido como apenas permitindo a sanção de irregularidades das propostas que não colidam com o princípio da imutabilidade das propostas, por se referirem à sanção de irregularidades formais da proposta, porque “*respeitantes ao modo como a mesma deve ser exteriorizada (i.e., construída e apresentada)*” (in SOUSA, Luís Verde de - Algumas considerações, *ob. cit.*, p. 614). Terão de ficar de fora do seu âmbito aspetos relacionados com o conteúdo material das propostas ou com alterações a atributos, termos ou condições das propostas apresentadas.
 47. Em suma, o referido preceito remete para um regime de regularização e/ou de suprimimento, não para um regime de invalidade e de convalidação, em que haja que apreciar-se o tipo de ilegalidade cometida e da sua possível degradação.

48. Com este enquadramento, facilmente concluímos que a preterição das formalidades procedimentais exigidas em sede de contratação pública, se reconduzidas a irregularidades de forma ou de modo de apresentação da proposta, que constituam formalidades não essenciais, não devem dar lugar imediato à exclusão das candidaturas e propostas, devendo as Entidades Adjudicantes, neste caso, lançar mão ao poder-dever constante do art.º 72.º, n.º 3, do CCP.
49. Logicamente, nestas situações, de formalidades não essenciais, as irregularidades procedimentais não comportam, de imediato, uma eficácia excludente.
50. No que concerne à caracterização da conduta da Entidade Adjudicante nestas específicas situações, como um poder-dever, é também de afirmar.
51. Assim, verificada uma irregularidade de forma ou modo, a preterição de uma formalidade não essencial, o júri tem o poder-dever de solicitar aos concorrentes a correção ou suprimento daquela irregularidade (de notar, a posição diferente de Pedro Fernández-Sánchez, que defende a interpretação restritiva desta norma, para a conformar com a jurisprudência do TJUE, apontando aquela prerrogativa como um poder, uma faculdade, não como um dever do júri – vide FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da Contratação Pública. Vol. II, 1.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 209-218).
52. Pergunta seguinte: e se ocorrer a preterição de formalidades essenciais, ou que se presumem essenciais, *v.g.* a preterição de formalidades exigidas pela lei e legalmente sancionadas com a exclusão da proposta, a Administração pode lançar mão à dogmática que se desenvolveu acerca do aproveitamento do ato administrativo e da degradação das formalidades essenciais em não essenciais? Vale essa dogmática no âmbito da contratação pública e em sede de irregularidades constantes das propostas dos concorrentes, considerando-se aproveitável o ato jurídico que consubstancia a (apresentação da) da proposta?
53. Respondemos afirmativamente às perguntas. Essa é também a posição firme da jurisprudência, respaldada em parte significativa da doutrina portuguesa. Neste sentido, este TdC fez apelo à teoria ou teve-a por subjacente nos Acs. n.º 4/2021, de 23/02/2021, 1.ª S/PL, n.º 45/2020, de 02/11/2020, 1.ª S/SS, n.º 42/2020, de 27/10, 3.ª S/PL, n.º 17/2020, de 25/03/2020, 1.ª S/SS, n.º 01/2020, de 07/01/2020, 1.ª S/SS, n.º 29/2019, de 23/07/2019, 1.ª S/SS, n.º 10/2012, de 10/04, 1.ª S S/SS, n.º 1/2010, Recurso Extraordinário n.º 2/09/PG, de 16/02/2010, n.º 2/2010, de 26/01/2010, 1ªS/SS, n.º 21/2009, 1.ª S/PL, de 02/06/2009, n.º 166/09, u de 20/11/2009– 1ªS/SS, n.º 18/2007, , de 06/11/2007, 1.º S/PL ou n.º 106/2007de 17/07/2007, 1.ª s/SS. Também aplicando a teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais em sede de contratação pública, nomeadamente para salvar uma proposta, encontramos, entre outros, os

Acs. do STA n.º 0357/18.7BEFUN, de 09/07/2020, n.º 856/15, de 01/10/2015, n.º 278/17.0BECTB, de 06/12/2018, os Acs. do TCAS n.º 403/20.4BELRA, de 26/11/2020, n.º 245/19.0BEFUN, de 30/04/2020, n.º 764/19.8BELSB, de 16/04/2020, n.º 2892/17.5BELSB, de 07/03/2019, n.º 2226/18.1BELSB, de 19/06/2019, n.º 278/17.0BECTB, de 28/06/2018 ou do TCAN n.º 02481/19.0BELSB, de 18/12/2020. Por seu turno, na doutrina, mobilizando esta teoria encontramos Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira (cf. OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves - Concursos e Outros, *ob. cit.*, pp. 246-248; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves – Os Princípios Gerais da Contratação Pública, in Estudos da Contratação Pública, I, Coimbra Editora, 2008, pp. 108-112) e Miguel Assis Raimundo (cf. RAIMUNDO, Miguel Assis - A Formação, *ob. cit.*, pp. 1112-1138), Jorge Pação (cf. PAÇÃO, Jorge - O regime, *ob. cit.*, pp. 47-55).

54. Aceitando, em geral, a aplicação da dogmática, mas criticando a possibilidade de se considerar degradada uma formalidade exigida pela lei ou pelas normas concursais, por constituir uma violação do princípio da legalidade e da pré-ponderação que foi feita pelo legislador encontramos Pedro Costa Gonçalves (cf. GONÇALVES, Pedro Costa - Direito dos, *ob. cit.*, pp. 840-844 e 853-857. O Autor indica como exemplo deste tipo de preterição de formalidades essenciais, não degradáveis, precisamente, a apresentação de propostas não assinadas). Com críticas semelhantes, encontramos Pedro Fernández-Sánchez e João Amaral e Almeida (cf. FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 159- 165 e 202; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - A Revisão de, *ob. cit.*, pp. 161-168; ALMEIDA, João Amaral E; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos (Agosto 2016) Regime da Contratação Pública [Em linha] [Consult. 15/10/2017]. Disponível em WWW:<URL:https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf>., pp. 48-49), Bernardo Diniz Ayala (cf. AYALA, Bernardo Diniz - A distinção, *ob. cit.*, pp. 27-30) Luís Verde de Sousa (cf. SOUSA, Luís Verde de - Algumas considerações, *ob. cit.* pp. 605-633; SOUSA; Luís Verde de - A assinatura, *ob. cit.*, pp. 91-104), Sara Younis de Matos (cf. MATOS, Sara Younis Augusto de - Suprimento de, *ob. cit.*, pp. 71-82), Sara Matos e Pedro Azevedo (cf. MATOS, Sara Augusto de; AZEVEDO, Pedro Santos - Breves considerações sobre a assinatura eletrónica na contratação pública. Revista dos Contratos Públicos. Coimbra. 15 (2017) 36-45), Miguel Nogueira de Brito (cf. BRITO, Miguel Nogueira de - Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurais [Em linha] [Consult. 05/05/2016] Disponível em WWW:<URL:https:

http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Bibliografia/os_principios_juridicos_dos_procedimentos_concursais.pdf.pdf).

55. Aceitamos que a indicada teoria colide com a rigidez procedimental e os formalismos necessariamente exigidos na contratação pública. Igualmente, aceitamos que a teoria fica amputada quando se conclui que a formalidade essencial que se degradou em não essencial, ainda assim, tem de ser cumprida. Aqui, lembramos, que a referida teoria se alicerça, precisamente, na desnecessidade total do cumprimento da formalidade que se considerou degradada em não essencial, porque o fim da formalidade já está cumprido por outra via ou é absolutamente desnecessário. Daí que a formalidade degradada, já não tenha, de todo, que ser cumprida ou repetida. Ora, no domínio da contratação pública a formalidade que se considerou degradada terá, na maioria dos casos, que vir a ser cumprida, ainda que *à posteriori*.
56. Aceitamos, pois, que a indicada teoria não é *operativa no Direito da Contratação Pública*, nos mesmos termos que no Direito Administrativo comum, *“um setor dependente de procedimentos formalizados de tipo burocrático – nos quais, sublinhe-se, as formalidades burocráticas não são vazias nem gratuitas, antes se destinando a assegurar uma rigorosa igualdade de tratamento entre todos os operadores de mercado. Esclareça-se: esse formalismo, que se reconhece dever ser desincentivado pelo legislador noutras áreas do Direito, produz aqui, em contraste, o efeito meritório de retirar à entidade adjudicante (ao órgão que decide contratar e ao júri) boa parte da capacidade de influir sobre o resultado do procedimento, procurando que a escolha da proposta adjudicada resulte da aplicação de regras predeterminadas na lei e nas peças do procedimento e não de preferências parciais do decisor administrativo.*

Ora, a segurança e a estabilidade de tais procedimentos formalizados dependem estritamente da predeterminação rigorosa dos dois principais conjuntos de decisões a cargo da entidade adjudicante que mais influenciam o resultado do procedimento: i) as decisões relativas à exclusão de propostas e ii) as decisões relativas à avaliação das propostas não excluídas para adjudicação de uma delas.

É por isso que se afirma que, ao contrário do que sucede noutros âmbitos do ordenamento, o reconhecimento de uma maior margem de apreciação da entidade adjudicante para decisão de aspetos inseguros ou não predeterminados nas peças é aqui encarado como indesejável: com efeito, a experiência indica que a responsabilidade na tomada de decisões que determinam o destino das propostas no momento em que já é conhecida a identidade dos seus autores – isto é: no momento em que a entidade adjudicante já sabe quais são os operadores do mercado beneficiados ou prejudicados por cada decisão que aprove – é indutora de uma inevitável carga de suspeição que a entidade

adjudicante deve a todo o custo evitar” (in ALMEIDA, João Amaral e; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro – Comentários, *ob. cit.*, pp. 48).

57. Porém, ainda assim, com as devidas adaptações e cautelas, julgamos ser de exigir a aplicação da referida teorização em sede de contratação pública, para efeitos de apreciar a conduta dos concorrentes e a sanção de eventuais irregularidades. Isso mesmo resulta, de imediato, de um princípio de coerência interna do direito administrativo ou do sistema jurídico-administrativo. Para além disso, essa aplicação ou extensão de regime decorre, também, dos supra indicados princípios da igualdade concorrencial, da boa-fé da declaração negocial e da proporcionalidade.
58. Portanto, quer por decorrência de um princípio de coerência interna do sistema jurídico-administrativo, quer por imposição dos citados princípios, a aplicação de tal teoria no âmbito do direito da contratação pública e para *salvar* propostas irregulares constitui, na nossa ótica, uma obrigação do intérprete-aplicador da lei.
59. Por último, esse também parece ser caminho apontado pelo legislador, atendendo ao novo art.º 72.º, n.º 3, do CCP e ao preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/08 (cf. neste sentido, PAÇÃO, Jorge - O regime, *ob. cit.*, p. 47).
60. Ressalve-se, todavia, como acima dissemos, que essa teorização não cabe no âmbito do art.º 72.º, n.º 3, do CCP, nem é feita por imposição de tal regime. A obrigação da Entidade Adjudicante, enquanto do intérprete-aplicador, de recorrer à dogmática que se desenvolveu acerca do princípio do aproveitamento do ato administrativo, para *salvar* uma proposta, decorre da aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, *v.g.*, dos princípios da prossecução do interesse público, da boa administração, da razoabilidade, da colaboração com os particulares (cf. art.ºs 4.º, 5.º, 7.º, 8.º, 10.º e 11.º do CPA) e mais especificamente dos princípios da contratação pública, *máxime*, dos princípios da igualdade concorrencial, da boa-fé da declaração negocial, da proporcionalidade e da razoabilidade e do interesse público financeiro.
61. Em suma, consideramos ser aplicável em sede de contratação pública, para efeitos de se considerar aproveitável uma proposta ou uma candidatura apresentada por um concorrente, a teoria do aproveitamento do ato administrativo. Nesta perspetiva, a Administração poderá considerar que a formalidade preterida, apesar de ser essencial – se degradou em não essencial e, assim, proceder ao *salvamento* de tal proposta irregular.
62. Quanto à circunstância da formalidade ser prescrita como obrigatória pelo legislador, ou ser uma formalidade *ad substantiam*, ou estar prevista num dado momento procedimental, relativamente rígido, ou a sua inobservância implicar, por decisão legislativa ou por decorrência

das normas concursais, a exclusão da proposta irregular, não afastam, inelutavelmente, a possibilidade de se recorrer à teoria da degradação de uma formalidade essencial em não essencial para efeitos de aproveitamento da proposta irregular.

63. Neste ponto, lembramos, que o recurso a tal teoria reclama a interpretação e a aplicação de normas princípio, a apreciação do bloco de legalidade no seu todo, pelo que se permite à Administração, no caso à Entidade Adjudicante, afastar a norma-regra, que se encontra infra-ordenada, em prol da aplicação da norma princípio, que deve prevalecer.
64. Porém, porque está subordinada ao princípio da legalidade, a Administração só pode proceder ao afastamento da regra legal em casos limite, nos quais se verifique, manifestamente, a contradição entre a regra e os indicados princípios.
65. Mais se lembre, que não obstante o conteúdo vinculante das normas princípio, estas normas tem uma normatividade própria, são, essencialmente, normas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos do caso concreto, em que se requer a sua aplicação. As normas princípio contém apenas exigências ou *standards*, que em primeira linha (*prima facie*) devem ser realizados, ao invés das (normas) regra, que desde que válidas, têm de cumprir-se na exata medida das suas prescrições, que contém fixações normativas definitivas. Por conseguinte, na interpretação e aplicação dos indicados princípios a Administração não procede a uma operação de mera subsunção da norma no caso concreto, mas procede a um raciocínio lógico-racional ou teleológico-objetivo, inerente ao juízo ponderativo e ponderação dos bens em confronto e se pretendem harmonizar, que lhe confere, necessariamente, alguma margem na escolha num leque de soluções alternativas e igualmente plausíveis e legítimas (cf. pronunciando-se sobre a aplicação dos princípios jurídicos em sede de contratação pública e sobre a possibilidade de afastamento das regras legais em prol de princípios, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves - Concursos e Outros, *ob. cit.*, pp. 168-177. Também, pronunciando-se sobre princípios e regras em sede de contratação pública, vide, FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da Contratação Pública. I vol. , 1.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 51-64).
66. Nestes termos, o recurso pela Administração à teoria do aproveitamento do ato administrativo e da degradação das formalidades essenciais em não essenciais, para efeitos de salvar uma proposta irregular ou de evitar o efeito excludente dessa irregularidade, legalmente determinado, terá de ser encarado como uma situação de exceção, uma situação limite, para casos clamorosos, em que haja uma ofensa evidente e manifesta aos princípios da igualdade concorrencial, da boa-fé da declaração comercial, da proporcionalidade e do interesse público

financeiro e, de outro lado, não se antevejam sacrificados, no seu reduto essencial, os princípios em confronto ou a harmonizar com aqueles, isto é, os princípios da igualdade e da concorrência - enquanto princípios alicerçados em aspetos formais - da transparência, da imparcialidade, da publicidade, da estabilidade, da intangibilidade das propostas, da segurança jurídica e da confiança.

67. Conforme alerta Isabel Celeste da Fonseca relativamente à consagração no novo CPA do princípio do aproveitamento do ato administrativo, alerta aqui plenamente aplicável, para a degradação de uma formalidade essencial em não essencial importa *“assegurar a realização de um juízo intenso e seguro quanto às consequências da não realização das formalidades procedimentais e o conteúdo do acto aproveitado, de tal modo que salte aos olhos ou seja evidente que aquela falha não se repercute materialmente na decisão”* (in FONSECA, Isabel Celeste da - Tramitação e formalidades: (proposta de) golpes às garantias procedimentais fundamentais dos interessados? Cadernos de Justiça Administrativa. Braga. 100 (2013), pp. 95-96).
68. Assim, o recurso a esta dogmática em sede de contratação pública, para efeitos de se salvar uma proposta irregular e o juízo de degradação de uma formalidade essencial em não essencial, só deve ocorrer em situações evidentes, de manifesta violação dos supra-indicados princípios, como uma válvula de escape para uma exclusão claramente desmedida, desproporcional. Serão, pois, excecionais e muito residuais as situações em que se pode impor à Administração aproveitar uma proposta irregular pela aplicação da referida teoria.
69. A propósito das alterações à proposta, Miguel Assis Raimundo salienta a exigência de uma conformidade substancial às regras da contratação pública e indica como testes para a verificação de limites: *“(i) a necessária garantia da manutenção da essencialidade da proposta, que não pode passar a ser diferente face àquela que foi apresentada, que tem de se manter idêntica no seu núcleo duro, nos elementos relacionados com o critério da adjudicação, os parâmetros base e os aspetos não submetidos à concorrência; (ii) a garantia por banda da entidade adjudicante de fazer dois tipos de juízos de conformidade: um juízo relativo e um juízo absoluto, o primeiro relacionado com a suficiência da proposta (inicial, não alterada) acautelar suficientemente os interesses da entidade adjudicante, por estarem reunidas as condições mínimas que lhe permitam confiar na declaração do concorrente de que irá cumprir corretamente o contrato, o segundo atinente ao juízo da comparabilidade com as outras propostas, devendo estar garantida a igualdade de tratamento intra-procedimental”*. Também para aquele Autor, havendo desconformidades relativamente às exigências ao caderno de encargos (CE) essas desconformidades têm de ser relativas a

elementos “*de algum modo incidentais, não essenciais para o contrato a celebrar*” – cf. RAIMUNDO, Miguel Assis - A Formação, *ob. cit.*, pp. 1108- 1130.

70. Na mesma senda, referindo-se à desconsideração de falhas formais numa candidatura ou proposta por recurso à teoria do aproveitamento do ato administrativo e da degradação das formalidades essenciais em não essenciais, Pedro Fernández-Sánchez aponta como metodologia, a necessidade de se “*i) identificar rigorosamente qual terá sido o objetivo material que o legislador (ou a entidade adjudicante que fixou uma regra formal das suas peças) teria pretendido assegurar com a formalidade que previu; e, nessa sequência, (ii) confirmar se aquele objetivo material terá sido atingido por outra via, tomando desnecessário continuar a exigir o cumprimento de uma formalidade que se tornou desnecessária*” (in FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - A Revisão de, *ob. cit.*, pp. 162-163).
71. Subscrevemos a necessidade dos testes e/ou das metodologias supra indicadas para efeitos da aplicação da referida teoria em sede de contratação pública. Consequentemente, a aplicação da teoria ao caso concreto não pode ser feita em termos genéricos, ou com base em considerações abstratas, totalmente dogmáticas, mas tem de ser acompanhada de uma análise minuciosa da casuística, das específicas normas que impõem a formalidade, dos resultados pretendidos e dos resultados efetivamente alcançados ou que ficaram por alcançar.
72. Esse é também o sentido da jurisprudência deste TdC, que analisando o caso concreto, pontualmente, tem julgado pela necessidade de se desconsiderar a existências de falhas formais nas candidaturas e propostas dos concorrentes, para assim as salvar.
73. Tal foi o caso do Ac. do TdC n.º 29/2019, de 23/07/2019, 1.ª S/SS, no qual se discutiu a falta de tradução de alguma documentação relativa à fase da qualificação – não de documentos exigidos para a aferição dos termos e condições da proposta, como ocorre na situação *sub judice* - considerando-se que “*não existindo qualquer elemento que permitisse inferir que aquele candidato se escusaria a juntar a tradução de toda a documentação na fase subsequente, única em que essa exigência se afigura teleologicamente fundada*”, não poderia a sua proposta ser imediatamente excluída ou não poderia ser excluída em fase de Relatório liminar. Atendendo a que a exigência de tradução era relativa a documentos que só relevavam para a qualificação do candidato, não para apreciar a respetiva proposta ou relativos a esta, o TdC julgou que a posterior junção dessa tradução não bulia com os princípios concursais. Tratava-se, ainda, de um documento que a própria lei permitia que fosse posteriormente junto, julgando o TdC que o prazo de 5 dias que foi dado pela Entidade Adjudicante ao concorrente para sanar a irregularidade era manifestamente curto e, por isso, censurou a conduta daquela Entidade.

74. Situação paralela ocorreu no Ac. do TdC n.º 10/2021, de 20/04/2021, 1.ª S/SS, em que se discutiu a obrigação de recurso pela Entidade adjudicante ao art.º 72.º, n.º 3, do CCP, para efeitos de suprimento da não apresentação de tradução para a língua portuguesa dos currículos dos técnicos da empresa concorrente, que se destinavam a comprovar requisitos de capacidade técnica e que estavam enquadrados nas peças contratuais enquanto requisitos relativos à qualificação dos candidatos.
75. No Ac. do TdC n.º 01/2020, de 07/01/2020, 1.ª S/SS, discutiu-se, da mesma forma, a irregularidade decorrente da falta de demonstração dos poderes de representação de quem tinha assinado a declaração de aceitação do conteúdo do CE, que instruíra a proposta. Neste caso, os documentos da proposta tinham sido apresentados individualmente assinados, sendo que a irregularidade se circunscrevia à prova dos poderes do representante do concorrente, que assinara a proposta. Nesta mesma medida, o TdC julgou suprável a irregularidade da não junção à candidatura da prova dos poderes do representante do concorrente.
76. Por seu turno, no Ac. do TdC n.º 17/2020, de 25/03/2020, 1.ª S/SS, discutiu-se a apresentação de documentos individualmente assinados por dois gerentes de uma sociedade, ainda que alguns estivessem assinados de forma autógrafa. Mais se discutiu, a submissão na plataforma informática dos documentos assinados individualmente – informaticamente e manualmente - apenas com a assinatura de um gerente, ao invés de dois. Claramente, ocorria aqui uma situação em que a formalidade essencial se poderia degradar, pois o fim visado foi conseguido com as assinaturas apostas individualmente nos documentos, acrescidas da assinatura de um só gerente aquando da submissão da proposta na plataforma informática.
77. Já no Ac. do TdC n.º 45/2020, de 02/11/2020, 1.ª S/SS, discutiu-se a falta de apresentação, num concurso por lotes, de um segundo exemplar de um documento que não continha termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato, mas era relativo a uma declaração de que o concorrente *assumia* “o compromisso de cumprir e fazer cumprir o Código de Conduta para Fornecedores”. O concorrente tinha apresentado proposta a dois lotes, mas só juntou um exemplar desse documento, quando devia ter entregue um segundo exemplar idêntico àquele primeiro. Atendendo à casuística deste julgamento, aqui discutiu-se, manifestamente, uma irregularidade sanável e uma formalidade não essencial.
78. Este acórdão foi confirmado pelo Ac. do TdC n.º 4/2021, de 23/02/2021, que entendeu que com a entrega de um exemplar daquele documento, o concorrente ficou desde logo vinculado aos termos e condições impostos pela entidade adjudicante, no caso, relacionados com aspetos não submetidos à concorrência. Mais se entendeu neste Ac. do TdC n.º 4/2021, de 23/02/2021, que a falha da entrega de um segundo exemplar, idêntico ao anteriormente entregue, para assim se

produzir uma documentação autónoma para cada um dos lotes concursados, era uma falha formal, não essencial, que se enquadrava na previsão do art.º 72.º, n.º 1, do CCP, exigindo-se que a Entidade adjudicante permitisse ao concorrente o suprimento de tal falha antes de determinar a exclusão da sua candidatura.

79. Por último, no Ac. do TdC n.º 16/2021, de 29/06/2021, 1.ª S/ SS, este Tribunal pronunciou-se sobre a ausência de um pedido de esclarecimentos sobre a proposta, a formular ao abrigo do art.º 72.º do CCP, relativamente a uma aparente contradição entre o teor dos documentos da proposta, concernente ao prazo de validade da proposta. No caso então em análise, não ocorria a uma contradição ou omissão de elementos relacionados com os atributos, termos ou condições da proposta, pelo que o TdC considerou estar-se frente a irregularidade sanável. Julgase no citado Acórdão que a aparente contradição “*em nada colide com os aspetos determinantes da adjudicação e da consequente execução contratual*”, assim se justificando o recurso ao art.º 72.º do CCP.
80. De assinalar, de igual modo, que também o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE) se mostra contrário à possibilidade da Entidade Adjudicante afastar os efeitos excludentes de propostas que não cumpram formalidades exigidas pelo bloco de legalidade – pela lei ou pelas peças concursais - tal como se verifica, *v.g.*, nos Acs do TJEU C-599/10, de 19/03/2012, SAG ELV Slovensko a.s. e o. contra Úrad pre verejné obstarávanie, C-42/13, de 06/11/2014, Cartiera dell’Adda SpA c. CEM Ambiente SpA, C27/15, de 02/06/2016, Pippo Pizzo c. CRGT srl, ou C-131/16, de 11/05/2017, Archus sp. z o.o. and Gama Jacek Lipik v Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A ou C-319/18, de 02/05/2019, Lavorgna Srl c. Comune di Montelanico, Comune di Supino, Comune di Sgurgola, Comune di Trivigliano (vide diversa outra jurisprudência do TJEU referida em GONÇALVES, Pedro Costa - Direito dos, *ob. cit.*, pp. 846-847. Também referindo diversa jurisprudência comunitária, vide, FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 209-218; SOUSA, Luís Verde de - Algumas considerações, *ob. cit.*, pp. 627-632 e vide, PAÇÃO, Jorge - O regime, *ob. cit.*, pp. 56-61).
81. Porém, note-se, que no Ac. C-42/13, de 28/02/2018, MA.T.I. SUD SpA, o TJEU considerou inovatoriamente que não se opõe, em princípio, à legislação comunitária a consagração de “*uma legislação nacional que estabelece um mecanismo de retificação do processo, nos termos do qual a entidade adjudicante pode, no âmbito do processo de adjudicação de um contrato público, convidar qualquer proponente cuja proposta padeça de irregularidades substanciais, na aceção da referida legislação, a regularizar a sua proposta*”.

- 82.** Sem embargo, como referimos, parece claro que o art.º 72.º, n.º 3, do CCP, só prevê a possibilidade de regularização de formalidades não essenciais, algo diferente e que fica aquém das “irregularidades substanciais” referidas no citado Ac. do TJEU C-42/13, de 28/02/2018, MA.T.I. SUD SpA.
- 83.** Por seu turno, no Ac. do TJEU C-336/12, de 10/10/2013, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser contra Manova A/S, este Tribunal afirma que *“a entidade adjudicante pode pedir que os dados que constam de tal dossiê sejam pontualmente corrigidos ou completados, desde que esse pedido se refira a elementos ou dados, como o balanço publicado, cuja anterioridade relativamente ao termo do prazo fixado para apresentar a candidatura seja objetivamente averiguável.*
- 40. No entanto, há que especificar que não aconteceria o mesmo se os documentos do contrato impusessem a comunicação do documento ou da informação que falta sob pena de exclusão. Com efeito, cabe à entidade adjudicante observar estritamente os critérios que ela própria fixou (v., neste sentido, acórdão de 29 de abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Colet., p. I-3801, n.º 115)”*.
- 84.** Nestes termos, o TJUE parece arredar a hipótese de se suprir uma formalidade obrigatória e cuja preterição é sancionada, pela lei ou pelas normas concursais, com a exclusão da candidatura ou proposta.
- 85.** Feito o enquadramento teórico ou dogmático e jurisprudencial das matérias em discussão neste recurso, passemos à análise da casuística.
- 86.** No presente procedimento, verifica-se, que a concorrente Lactaçoeres carregou na plataforma eletrónica os documentos relativos ao Anexo VIII sem nenhuma assinatura. Ou seja, a concorrente, após preencher o Anexo VIII, apesar de ter feito o carregamento da sua proposta eletronicamente, não assinou, nem manual nem eletronicamente, nem antes nem depois de carregar os documentos, o referido Anexo VIII.
- 87.** Igualmente, relativamente à ficha técnica do produto, a Lactaçoeres apresentou uma ficha redigida em simultâneo em português, em inglês, em francês e em espanhol e não juntou uma tradução legalizada e uma declaração de prevalência.
- 88.** Porque faltava, de todo, uma assinatura naquele documento e a ficha técnica era apresentada em diversas línguas estrangeiras, sem ser acompanhada de tradução legalizada e de uma declaração de prevalência, o júri do concurso, no Relatório preliminar, determinou excluir a proposta da Lactaçoeres.

89. No Acórdão recorrido, invocando-se jurisprudência sedimentada deste TdC, entendeu-se que tais falhas da proposta eram formalidades não essenciais e, como tal, exigia-se que o júri do concurso recorresse ao regime do suprimento previsto no art.º 72.º, n.º 3, do CCP. Não tendo sido esse o comportamento do júri, julgou-se no Acórdão recorrido que o júri violou os princípios da boa fé, da boa administração e da concorrência.
90. Entendeu-se no Acórdão recorrido que o restante da proposta estava assinada e que, por isso, o concorrente estava perfeitamente identificado e tal era suficiente para que ficasse vinculado aos elementos da proposta que apresentou, podendo substituir as folhas de *Excel* que entregou não assinadas, por outras assinadas, sendo perfeitamente possível ao júri, à *posteriori*, comparar as várias folhas para verificar que tinham conteúdo igual. Na mesma lógica, no Acórdão recorrido considerou-se que era perfeitamente possível ao júri controlar, à *posteriori*, o conteúdo da tradução da ficha técnica, com o conteúdo constante da ficha técnica entregue inicialmente, com partes em língua estrangeira.
91. Nesta sequência, o Acórdão recorrido recusou o visto.
92. Como decorre do anteriormente explanado, a questão apreciada pelo Acórdão recorrido não era fácil e está envolta em grande controvérsia. A solução a dar a essa mesma questão envolvia, também, uma minuciosa análise da casuística. O Acórdão recorrido interpretou a casuística de uma dada forma, que o levou a julgar num certo sentido. Não pudemos acompanhar Acórdão recorrido na sua interpretação da casuística e, portanto, em parte da sua fundamentação e no seu sentido decisório.
93. Nos termos do art.º 56.º, n.º 1, do CCP, a *“proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”*.
94. Conforme o art.º 57.º, n.º 1, al. c), do CCP, a proposta é constituída, entre outros, pelos documentos exigidos no programa do procedimento que contenham os termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo CE, aos quais a Entidade Adjudicante pretende que o concorrente se vincule.
95. Determina o n.º 4 daquele art.º 57.º do CCP, que os documentos que integram a proposta *“devem ser assinados pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar”*.
96. Mais se estipula no art.º 58.º, do CCP, sob a epígrafe *“Idioma dos documentos da proposta”*, o seguinte: *“1 - Os documentos que constituem a proposta são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa.*

2 - Em função da especificidade técnica das prestações objeto do contrato a celebrar, o programa do procedimento ou o convite, podem admitir que alguns dos documentos referidos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo anterior sejam redigidos em língua estrangeira, indicando os idiomas admitidos.

3 - Os documentos referidos no n.º 3 do artigo anterior podem ser redigidos em língua estrangeira, salvo se o programa do procedimento dispuser diferentemente.”

97. Quer o Anexo VIII, quer a ficha técnica do produto, integram documentos da proposta, exigidos no PC, que contém termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo CE, aos quais a Entidade Adjudicante pretende que o concorrente se vincule – cf. art.º 57.º, n.º 1, al. c), do CCP e ponto 15.1., al. j), do PC.

98. Isso mesmo decorre do critério de adjudicação, que segundo o PC, é “feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, determinada pela modalidade: Avaliação do preço enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, sendo que as propostas serão ordenadas pelo respetivo preço” – cf. ponto 20 do PC.

99. O PC, nos pontos 9, 9.1., 9.2., 9.5. 9.6, 15, 15.1, als. g) e j), 15.3 17, 17.1., 17.2, al h) e 17.3, indicava também o seguinte: “9. MODO DE APRESENTAÇÃO E ENTREGA DAS PROPOSTAS

9.1. Os documentos que constituem a proposta são apresentados diretamente na plataforma eletrónica já identificada, através do meio de transmissão escrita e eletrónica de dados.

9.2 O modo de apresentação de propostas obedece ao disposto no artigo 62.º do CCP e na Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.

(...) 9.5 A proposta e os documentos são obrigatória e exclusivamente redigidos em língua portuguesa ou, não o sendo, devem ser acompanhados de tradução devidamente legalizada, em relação à qual o concorrente declara aceitar a prevalência, para todos os efeitos, sobre os respetivos originais.

9.6 Todos os documentos devem ser assinados individualmente com recurso a certificados qualificados de assinatura eletrónica próprios do concorrente ou dos seus representantes legais...

(...)15.DOCUMENTOS QUE CONSTITUEM A PROPOSTA.

15.1. A proposta a apresentar pelo concorrente deve ser constituída pelos seguintes documentos:

(...)g) Ficha técnica do produto a fornecer pelo concorrente com indicação da composição qualitativa, informação nutricional e prazo de durabilidade para consumo (que não poderá ser inferior à data de

durabilidade mínima constante na ficha técnica do produto (Anexo V), bem como, o cumprimento dos requisitos dos regulamentos legalmente fixados e do caderno de encargos;

(...) j) Descrição da volumetria da embalagem a preencher obrigatoriamente no ficheiro a que corresponde o Anexo VIII ao presente programa de procedimento, o qual inclui as seguintes quatro folhas:

- i. Volumetria da embalagem individual e da palete;*
- ii. Necessidades de armazenamento por território em cada mês/entrega, em metros cúbicos (m³);*
- iii. Necessidades de armazenamento por território em cada mês/entrega, em Kilos (Kg) e Litros (L);*
- iv. Necessidades de armazenamento por território em cada semana, em Kilos (Kg) e Litros (L)”.*

(...) 15.3 Todos os documentos carregados na plataforma eletrónica deverão ser assinados individualmente e eletronicamente mediante a utilização de certificados de assinatura eletrónica qualificada em momento anterior à submissão dos mesmos.

(...) 17. EXCLUSÃO DA PROPOSTA

17.1 As propostas serão excluídas nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 70.º e no n.º 2 do 146.º do CCP.

17.2 As propostas serão ainda excluídas nos seguintes termos:

(...) a) Quando não sejam acompanhadas das declarações, dos documentos e adotados os procedimentos constantes do Ponto 15. e 16. do presente programa do procedimento;

h) Quando a descrição da volumetria da embalagem, a que se reporta o Ponto 15.1, al. j) do presente programa do procedimento não seja preenchida diretamente no ficheiro a que corresponde o Anexo VIII ao presente programa de procedimento;

(...) 17. 3 Serão ainda excluídas as propostas que não cumpram o disposto na Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.”

100. No CE, no ponto 18, indicam-se os aspetos relativos à “COMPOSIÇÃO QUALITATIVA E QUANTITATIVA DO GÉNERO ALIMENTAR” e ali consigna-se nomeadamente que “O Adjudicatário deverá obrigatoriamente anexar à proposta a ficha técnica que deverá ser composta com as seguintes condições: a) As especificações técnicas do género alimentício objeto do contrato a celebrar deverão estar de acordo com as descritas no Anexo II do presente Caderno de Encargos.

b) O Adjudicatário deverá obrigatoriamente anexar à proposta a ficha técnica do produto a concurso que, para além de outras informações eventualmente relevantes para o Adjudicatário, deverá conter obrigatoriamente: a Denominação do Produto, a lista de Ingredientes, as Características do produto, a Utilização Prevista, as Condições de utilização, a Quantidade Líquida, a Data de durabilidade mínima/data limite de consumo, o Material da Embalagem, o Lote, a População-Alvo, os Potenciais Alergénios e a Composição quantitativa (em percentagem) do género alimentício...”.

- 101.** Mais se note, que o indicado ponto 15.3 do PC reproduz a exigência legal constante dos art.ºs 54.º, n.º 1 e 68.º, n.º 4, da Lei n.º 96/2015, de 17/08.
- 102.** Como decorre das peças concursais, o Anexo VIII é constituído por 4 diferentes folhas de *Excel*. Apreciadas tais folhas, verifica-se, que as mesmas pressupõem o preenchimento relativamente complexo de várias linhas e colunas, sendo que duas daquelas folhas têm, cada uma, mais de 130 linhas para preencher e duas colunas.
- 103.** Apreciada a ficha técnica do produto, tal como deriva do preceituado no ponto 18 do CE, exige-se que ali sejam consignadas diversas informações técnicas.
- 104.** Nestes termos, tal como decorre do acima exposto, é relativamente evidente que as irregularidades cometidas pela Lactoaçores, que se discutem nos presente processo, são formalidades previstas na lei e nas normas concursais. São formalidades previstas como obrigatórias, que constituem formalidades *ad substantiam*, relativamente às quais o legislador e a própria Administração cominou a sua inobservância, em termos expressos, com a exclusão da proposta do concorrente.
- 105.** Por conseguinte, as irregularidades que se discutem nos presentes autos não são formalidades não essenciais, formais, passíveis de suprimento, que devam ficar abrangidas pelo regime do art.º 72.º, n.º 3, do CCP. Nesta mesma medida, a Entidade Fiscalizada não podia lançar mão, de imediato, ao art.º 72.º, n.º 3, do CCP, para determinar o seu suprimento.
- 106.** No restante, as formalidades em falta – que eram essenciais – também não poderiam degradar-se em não essenciais, não se antevendo ser possível – e exigível à Entidade Adjudicante – que lançasse mão à teoria do aproveitamento do ato administrativo para *salvar* a proposta da Lactoaçores.
- 107.** Começemos a nossa análise pela questão da não apresentação da tradução legalizada da ficha técnica do produto e de uma declaração de prevalência.

- 108.** Como se indicou, a ficha técnica do produto, com as suas várias indicações, era um documento exigido nos termos do ponto 15.1, al. g), do PC - cf. também os art.ºs 56.º, n.º 1, 57.º, n.º 1, al. c), 58.º do CCP.
- 109.** Através da apresentação de tal ficha técnica, a Lactaçoeres manifesta à Entidade Adjudicante a vontade de contratar, fornecendo um produto com as especificidades técnicas que eram exigidas no concurso, assim cumprindo essas mesmas exigências.
- 110.** O idioma regra na contratação pública - e na Administração Pública - é o português – cf. art.ºs 58.º do CCP e 54.º do CPA. A admissão da apresentação de documentos noutros idiomas só é admissível nos casos em que tal esteja expressamente previsto.
- 111.** Assim, em questões técnicas, o CCP, no art.º 58.º, n.º 2, permite, em “*função da especificidade técnica das prestações objeto do contrato a celebrar*” que o programa de procedimentos (ou o convite) prevejam a possibilidade de alguns documentos - designadamente os exigidos nos termos daquelas peças concursais - serem apresentados num idioma estrangeiro, devendo, nesses casos, indicar-se expressamente os idiomas estrangeiros admitidos.
- 112.** No caso em apreço, o PC não permitia a apresentação de documentos em língua estrangeira, salvo se acompanhados de tradução devidamente legalizada e de declaração de aceitação de prevalência do conteúdo da tradução sob o original – cf. ponto 9.5 do PC.
- 113.** Logo, a ficha técnica do produto tinha, obrigatoriamente, de ser apresentada em português ou de ser acompanhada de uma tradução devidamente legalizada e de uma declaração de aceitação de prevalência.
- 114.** No mais, da aplicação conjugada dos art.ºs 58.º, n.º 1 e 146.º, n.º 2, al. e), do CCP, resulta que na ponderação legislativa se considerou que uma proposta que não esteja escrita em português – na circunstância do programa de concurso não estabelecer coisa diferente – deve ser excluída.
- 115.** A ficha técnica constitui um documento da proposta, que tem de ser entregue até à data limite para a apresentação desta, cominando o legislador a não apresentação destes documentos, ou a sua apresentação deficiente, ou tardia, com a sanção de exclusão do concorrente do procedimento – cf. art.ºs 57.º, n.º 1, al. c), 70.º, n.º 2, al. a) e 146.º, n.º 2, al. d), do CCP.
- 116.** “*A proposta, na sua integralidade, composta por todo o compacto de documentos que o concorrente entrega, corresponde a uma declaração da vontade de contratar. O conteúdo da proposta (atributos e termos ou condições) expressa o modo como o concorrente se dispõe a executar o contrato*” - in GONÇALVES, Pedro Costa - Direito dos, *ob. cit.*, p. 788.
- 117.** A “*proposta é o somatório desses documentos, não sendo apenas completada, instruída ou acompanhada por eles. Por outras palavras: se são estes documentos que constituem proposta, não se*

pode conceber uma proposta enquanto realidade jurídica autónoma e suscetível de subsistir sem um dos seus elementos constitutivos.

Por conseguinte, se o júri do procedimento verifica que um desses documentos se encontra omissos, não pode concluir que a proposta se encontra incompleta ou deficiente; antes, tem de concluir que não foi apresentada qualquer proposta que possa ser analisada,, avaliada e adjudicada. Esta proposta é, portanto, condenada à exclusão nos termos previstos na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º.

*2. Semelhante solução só pode ser excecionalmente afastada quando o júri consiga subsumir a situação de omissão de um documento obrigatório na cláusula agora aditada na parte final (...) do n.º 3 do artigo 72.º, em virtude de se conseguir confirmar que o documento omissos se “limite a comprovar facto ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta” – in FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da, Vol. II, *ob. cit.*, pp. 101-102.*

- 118.** Assim, porque a Lactaçoeres não apresentou uma ficha técnica do produto escrita integralmente em português, nem fez acompanhar tal ficha de uma tradução legalizada e de uma declaração de prevalência, acabou por não se vincular às características e especificações que constam daquela ficha, na parte escrita em língua estrangeira, pois essa parte do documento - redigida em língua estrangeira – não releva para esse efeito.
- 119.** Tal como está delineado o procedimento concursal, a vinculação dos concorrentes faz-se apenas relativamente aos aspectos e elementos das suas propostas que estão escritos em português. Não sendo esse o idioma usado na ficha técnica, nessa parte - em que as indicações estão em espanhol, em francês e em inglês - o que ali está escrito não serve para vincular a Lactaçoeres. Ou seja, na parte em que a ficha técnica está escrita em idioma estrangeiro a vinculação da Lactaçoeres apenas se faria através da tradução legalizada e da declaração de prevalência do escrito nessa tradução sob o que está escrito no original (em idioma estrangeiro).
- 120.** Logo, no momento da abertura das propostas a Lactaçoeres não se apresenta vinculada a uma parte dos termos e condições da sua proposta – os escritos em idioma estrangeiro – e essa mesma parte da proposta da Lactaçoeres é desconhecida para o júri e para os demais concorrentes.
- 121.** Como refere o Recorrente, a entrega da ficha técnica parcialmente escrita em língua estrangeira – quando tal não era admitido pelas normas concursais – implica, necessariamente, que a compreensibilidade ou a intangibilidade do documento fique comprometida, pois não é exigível ao júri do concurso que domine línguas estrangeiras, cujo uso ficou expressamente afastado.
- 122.** Pretendendo as normas em causa que as propostas – em toda a sua extensão – sejam apresentadas até um momento preciso e que todas as propostas sejam conhecidas num mesmo

momento, assim como, que o júri as possa apreciar em simultâneo, na sua integralidade, formalmente, nesse primeiro momento - para salvaguardar a igualdade, a transparência e a concorrência – o fim das normas não fica garantido com a entrega de alguns documentos relativos aos termos e condições das propostas num momento ulterior, em que já se conhecem as demais.

123. Portanto, admitir a possibilidade de *â posteriori* a Lactaçoeres vir a apresentar uma tradução e uma declaração de prevalência, é admitir a possibilidade da Lactaçoeres apenas se vincular ao conteúdo integral da ficha técnica num momento em que a sua proposta se deve considerar imutável ou intangível.
124. Como já referimos, em causa não está uma falha formal da proposta, mas uma falha material, essencial, do seu conteúdo.
125. A ficha técnica do produto não é apenas um documento formal que se limita a comprovar factos ou qualidades anteriores à data da apresentação da proposta, mas é o documento em que o concorrente afirma que o produto que fornece apresenta aquelas qualidades.
126. Aquela ficha não é um documento comprovativo, mas sim, um documento informativo e o documento que vincula a Lactaçoeres quando se apresenta a concurso arrogando-se a fornecer um produto que respeita as condições técnicas impostas pela Entidade Adjudicante.
127. Está em causa, pois, a preterição de uma formalidade essencial, relativa à declaração da vontade de contratar com um determinado conteúdo, ou com a vinculação a certos termos e condições.
128. Ao entregar o documento em língua estrangeira e sem tradução e declaração de prevalência, a Lactaçoeres, para além de não se vincular à parte escrita em língua estrangeira, também não permitiu ao júri do concurso avaliar os termos totais da sua proposta, que ficou a desconhecer a parte da proposta escrita em idioma estrangeiro.
129. A obrigação legal da proposta ser entregue de forma perfeita, num dado momento procedimental, claramente definido, visa informar o júri de forma total e completa da intenção do concorrente contratar respeitando certos atributos, termos e condições. Visa, ainda, salvaguardar os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência. Daí decorre o subprincípio da estabilidade ou da imutabilidade das propostas.
130. Assim, no caso, a irregularidade cometida pela Lactaçoeres comprometeu o resultado final da norma que obriga à entrega da proposta de forma perfeita, pois o júri não pôde conhecer no momento apropriado, de forma completa, os termos da respetiva vontade de contratar. Identicamente, os demais concorrentes ficaram sem conhecer em termos integrais, no momento da abertura das propostas, o conteúdo total da declaração da Lactaçoeres.

- 131.** A formalidade preterida não é, pois, uma formalidade estéril ou inútil, mas é uma formalidade alicerçada em razões fundantes do direito da contratação pública, decorrentes da capacidade e necessidade do júri poder conhecer a totalidade do conteúdo das propostas, no que se refere aos seus atributos, termos e condições. Estando o júri impossibilitado desse conhecimento, porque uma parte da proposta está escrita num idioma estrangeiro, que desconhece - e por isso não permitiu que fosse utilizado no procedimento – fica gravemente prejudicada a apreciação do júri quanto a essa proposta, que fica limitado na compreensibilidade do respetivo conteúdo.
- 132.** Atendendo aos factos dados por provados nos autos, a indicada formalidade também não ficou alcançada por outro meio, *v.g.* porque o júri teve conhecimento através de outra documentação do que constava dos documentos entregues em idioma estrangeiro, ficando, por essa via, com o conhecimento integral da proposta da Lactoaçores, ainda que não tivesse sido entregue a tradução dos referidos documentos e a declaração de prevalência.
- 133.** Na verdade, a partir dos factos provados em g) e j)), ter-se-á de concluir que os elementos escritos em idioma estrangeiro na ficha técnica do produto entregue pela Lactoaçores não estariam replicados em língua portuguesa. Ou, visto de outro prisma, ter-se-á de concluir que os elementos escritos em idioma estrangeiro não eram uma tradução para várias línguas de uma ficha escrita em português, igualmente entregue. Isto é, os factos provados obrigam-nos a concluir que os elementos escritos em língua estrangeira eram elementos inovatórios e não a réplica traduzida de uma ficha técnica já junta em língua portuguesa. Logo, atendendo a esta factualidade, teremos de concluir que ocorreu aqui a preterição de uma formalidade essencial, que é insuprível.
- 134.** Situação diferente ocorreria se se tivesse provado nos autos que os elementos escritos em idioma estrangeiro correspondiam à tradução para várias línguas de uma ficha técnica completa e escrita em português. Neste caso, feita a prova destas ocorrências – de que já tinha sido apresentada uma ficha técnica completamente preenchida em português e que os demais elementos entregues pela Lactoaçores correspondiam àquela mesma ficha traduzida para inglês, francês e espanhol – se estivesse igualmente provado que era possível ao júri compreender a existência desta situação, por as línguas em causa serem relativamente acessíveis para aquele mesmo júri, já seria de equacionar, ao abrigo dos princípios da proporcionalidade, a possibilidade de se aproveitar quanto a este aspeto a proposta da Lactoaçores. Se estivessem provadas todas estas circunstâncias, a formalidade em questão, ainda que essencial, degradar-se-ia em não essencial e tornar-se-ia suprível. Porém, na falta de prova de tais factos, não pudemos seguir esse caminho e, logo, não pudemos confirmar o raciocínio decisório adotado no Acórdão recorrido quanto a este aspeto.

- 135.** Em suma, no caso, há que concluir pela preterição de uma formalidade essencial que não pode degradar em não essencial, pois os interesses e objetivos que se visavam acautelar com a norma estão manifestamente beliscados em consequência da sua inobservância.
- 136.** Para além disso, no caso, admitir a possibilidade de apresentação *à posteriori* da tradução legalizada e da declaração de prevalência equivale a admitir a possibilidade de se puderem alterar, após a data limite para a apresentação das propostas, os respetivos termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo CE.
- 137.** Significa, pois, ofender o princípio da intangibilidade das propostas, com a consequente ofensa dos princípios da igualdade e da concorrência no seu núcleo irreduzível.
- 138.** Significaria, também, não respeitar um princípio de auto vinculação administrativa, porquanto as peças concursais cominavam a falta da entrega da tradução e da declaração de prevalência com a exclusão da proposta. Igualmente, sai manifestamente atingido o princípio da legalidade.
- 139.** Como já referimos, em causa não está uma mera irregularidade da proposta, irrelevante, por se tratar de uma formalidade inútil ou repetida. O que se discute é a apresentação, *à posteriori*, de elementos essenciais, que se exigiam constantes da proposta da Lactoaçores. Consequentemente, no caso em apreço, nunca poderá recorrer-se ao regime do art.º 74.º, n.º 3, do CCP, nem seria permitido à Administração lançar mão da dogmática do princípio do aproveitamento do ato administrativo para salvar a proposta da Lactoaçores.
- 140.** Mais se indique, que relativamente a situações de não apresentação da tradução de documentos integrantes da proposta e de apresentação obrigatória, relacionados com atributos, termos e condições, a jurisprudência e doutrina vêm defendendo unanimemente que essa não apresentação tem por consequência necessária a exclusão da proposta – cf. neste sentido os Acs. do STA n.º 0331/12, de 12/06/2012, ou do TCAS n.º 418/16.7BECTB, de 09/11/2017, ou do TCAN n.º 02018/17.5BEPRT, de 15/06/2018 e n.º 00771/17.5BEAVR, de 18/05/2018. Na doutrina, vide, OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves - Concursos e Outros, *ob. cit.*, pp. 593-594 e 945 e FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da, II vol., *ob. cit.* 101-102, 116-117. ALMEIDA, João Amaral; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Temas de contratação pública. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora (Grupo Wolters Kluwer), 2011, pp 240-245.
- 141.** Em conclusão, há que considerar que a ficha técnica do produto constitui um documento de apresentação obrigatória, que integra a proposta, que tinha de ser apresentado até ao limite do prazo da apresentação daquelas e que não estando redigido em português tinha de ser acompanhado da tradução legalizada e da declaração de prevalência, sob pena de a proposta da Lactoaçores ser imediatamente excluída - cf. art.ºs 15.1, al g), do PC, 56.º, n.º 1, 57.º, n.º 1, al. c), 58.º e 146.º, n.º 2, al. d) e e), do CCP.

- 142.** Não tendo a Lactaçoeres apresentado a tradução legalizada e a declaração de prevalência, exigia-se ao júri que excluísse este concorrente do concurso, tal como fez.
- 143.** Por seu turno, no que se refere à falta de assinatura do Anexo VIII, como já assinalamos, também não corresponde a uma formalidade não essencial e a uma situação subsumível no art.º 74.º, n.º 3, do CCP.
- 144.** Em causa está a preterição de uma formalidade expressamente exigida quer nas peças concursais, quer na lei.
- 145.** Assinale-se, que nos autos não se discute a exigência de uma dupla assinatura, ou a exigência de uma multiplicidade de assinaturas, de falta de qualificação ou validação da assinatura digital, de assinatura avançada, criptada, de falta de certificado qualificado de assinatura eletrónica, de ficheiros assinados de forma agregada, em formatos PDF, de imagem, ou encriptados. Também não se discute a forma de envio dos ficheiros da proposta, se zipados ou comprimidos, depois de individualmente assinados. Ou seja, não se discute o modo e momento das assinaturas. Não se discute, se as assinaturas devem ser apostas antes do carregamento na plataforma ou durante tal carregamento. Diversamente, nos presentes autos discute-se a total ausência de assinatura do Anexo VIII. Aquele Anexo não tinha uma assinatura autografa, nem eletrónica, nem eletrónica qualificada. Pura e simplesmente não tinha aposta nenhuma assinatura. Só os restantes documentos da proposta é que estavam assinados, o Anexo VIII, não. Exigia-se legalmente que o Anexo VIII tivesse aposta uma assinatura digital qualificada e esse anexo foi carregado na plataforma sem estar assinado.
- 146.** Apurou-se, também, que os documentos foram carregados na plataforma, mas desconhece-se se esse carregamento foi progressivo, se fez-se em aberto ou de forma fechada. Conforme a factualidade dada por assente e provada no Acórdão recorrido, não impugnada neste recurso, aquando do carregamento dos documentos na plataforma informática, a Lactaçoeres não procedeu à assinatura digital qualificada do Anexo VIII, o que leva a crer que o Anexo VIII foi carregado na plataforma sem que estivesse encriptado nem assinado. Uma vez carregado, o Anexo VIII também não foi encriptado – com o recurso ao certificado próprio, facultado pela plataforma – e não foi, de seguida, aposta ao documento – encriptado – a assinatura eletrónica qualificada. Ou seja, este documento manteve-se sempre passível de ser alterado (para uma total compreensão da tramitação procedimental levada a cabo pela plataforma eletrónica na égide da Lei n.º 96/2015, de 17/08, vide, FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da, vol. II, *ob. cit.*, pp. 151-158).
- 147.** Mais se indique, que o Acórdão recorrido afirma e aceita que o Anexo VIII não foi – de forma alguma – assinado.

- 148.** Portanto, atendendo à factualidade dada por provada, teremos de concluir que foi junto à proposta da Lactoçores um documento que a integra - relacionado com a volumetria da embalagem individual, coletiva e das paletes, na sua totalidade, necessários para o cálculo da área de armazém, necessária para armazenar os produtos recebidos mensalmente - portanto, um documento da proposta que contém termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo CE, aos quais a Entidade Adjudicante pretende que o concorrente se vincule, que não tinha qualquer assinatura e designadamente a exigida assinatura eletrónica – cf. art.º 57.º, n.º 1, al. c), do CCP e pontos 15.1., al. j), do PP.
- 149.** Tratava-se, também, de um documento que continha dados que não eram replicados em outros documentos da proposta. Era também um documento que devia ser elaborado e assinado pelo concorrente, não um documento a emitir – e assinado – por terceiros.
- 150.** O documento em causa era, pois, expressamente exigido nas peças concursais. Nessas peças concursais também se exigia assinatura de tal documento, designadamente eletrónica. Essa assinatura eletrónica era identicamente exigida pela lei. Quanto à falta da assinatura de tal documento, era sancionada, quer nas peças concursais, quer na lei, com a exclusão da proposta apresentada – cf. art.º 146.º, n.º 2, al. e), do CCP.
- 151.** A assinatura individual dos documentos da proposta, designadamente a assinatura eletrónica qualificada, como se refere no Acórdão recorrido, cumpre uma função identificadora – garante que a pessoa que após a assinatura é quem tem poderes para vincular o concorrente - finalizadora ou confirmadora - garante que a pessoa que após a assinatura tinha a intenção de assinar tal documento - e uma função de inalterabilidade – garante que o documento não sofreu alterações desde que lhe foi aposta a assinatura.
- 152.** Logo, não estando assinado o Anexo VIII ficam por garantir as características exigidas e decorrentes da implementação de um sistema de assinatura eletrónica qualificada, relativas à *"autenticidade (correspondência entre o autor aparente e o autor real da declaração), integridade (inexistência de alterações ao conteúdo do documento após a sua apresentação) e confidencialidade (inacessibilidade ao teor do documento até ao termo do prazo para a apresentação da proposta)"* – in SOUSA; Luís Verde de - A assinatura, *ob. cit.*, pp. 47-48.
- 153.** A falta de assinatura do Anexo VIII, impede, pura e simplesmente, de se atingir qualquer daqueles fins. Não se sabe quem se apresenta a vincular o concorrente relativamente ao teor daquele documento. Na falta de assinatura, o concorrente também não se vincula ao aí inscrito. Por último, na eventualidade de ser entregue um novo Anexo VIII devidamente assinado num momento posterior, não fica necessariamente seguro que tal anexo corresponde integralmente

àquele que foi inicialmente entregue. Consequentemente, fica em causa a exigência de inalterabilidade do documento.

154. Como ensina Luís Verde e Sousa, a *“assinatura eletrónica qualificada constitui, isso sim, uma tecnologia informática, que cria um resumo cifrado dos dados (todos) constantes de um documento eletrónico que se pretende assinar.*

(...)...o que se pretende salvaguardar com esta função da assinatura eletrónica qualificada é que, ao nível dos procedimentos eletrónicos de contratação pública, haja uma forma segura de saber se determinado documento sofreu, após o momento de abertura de propostas, alguma alteração.

(...) a função de inalterabilidade reconhecida à assinatura eletrónica qualificada, pretende, na prática, substituir o antigo invólucro opaco e fechado, em que as propostas eram encerradas, e o ato público do concurso, que visava assegurar, antes da entrada da contratação pública na era eletrónica, que o teor dessas mesmas propostas se mantinha inalterado desde o momento da sua entrega...

(...) Ora, só a assinatura eletrónica realizada aquando da submissão permite garantir que um determinado documento (independentemente do certificado acompanhar, ou não, o documento eletrónico) corresponde ao que foi submetido pelo concorrente numa determinada data” - in SOUSA; Luís Verde de - A assinatura, ob. cit., pp. 65, 98 e 99.

155. Na verdade, não tendo aquele Anexo VIII aposta a assinatura eletrónica qualificada – tal como exigido – nem qualquer outra assinatura, tal significa que o conteúdo do documento podia ser alterado por todos que a ele acessem, após o momento da apresentação das propostas, na data da abertura das propostas ou após essa abertura.

156. Por esta razão, não se pode concluir que a formalidade relativa à obrigação de aposição da assinatura eletrónica qualificada no Anexo VIII era uma formalidade estéril e vazia, ou que se tornou inútil por, no caso, ter ocorrido uma outra forma de garantir a vinculação do concorrente ao que constava daquele documento. Como dissemos, tal como resulta da factualidade dada por provada, o tal Anexo não tinha aposta nenhuma assinatura, nem autografa, nem eletrónica. Não foi aposta a assinatura antes da introdução do ficheiro na plataforma, nem após o carregamento do ficheiro.

157. Ou seja, a formalidade em falta – a não assinatura eletrónica qualificada do Anexo VIII – constitui uma formalidade essencial insuprível.

158. Neste ponto, saliente-se, que a opção do legislador pela impossibilidade de suprimimento da falta de assinatura eletrónica qualificada dos documentos da proposta fica bem patente no processo legislativo que deu lugar à Lei n.º 30/2021, de 21/05, porquanto na Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.^a previa-se a alteração do art.º 57.º, n.º 6, do CCP, no sentido de permitir o suprimimento da referida falta *“no prazo máximo de quarenta e oito horas a contar da notificação pelo júri, através de*

instrumento de ratificação limitado à proposta e documentos já submetidos e desde que o ratificante tenha plenos poderes de representação para o efeito” (cf. a referida Proposta de Lei em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=45053>).

- 159.** Tratava-se de uma norma específica para o suprimento desta falta, que também impunha um regime especial para o indicado suprimento.
- 160.** Esta proposta não foi consagrada no atual texto legal, pelo que há que interpretar a vontade do legislador no sentido de não querer permitir que a falta da assinatura eletrónica qualificada dos documentos da proposta seja considerada uma formalidade não essencial ou uma formalidade essencial passível de degradação e como tal, suprível.
- 161.** Voltando ao caso concreto, recorde-se que o Anexo VIII é constituído por 4 diferentes folhas de *Excel*, que pressupõem um preenchimento relativamente complexo de várias linhas e colunas, sendo que duas daquelas folhas tem, cada uma, mais de 130 linhas para preencher e duas colunas.
- 162.** O que significa, que ocorrendo uma eventual substituição daquele Anexo VIII por outro assinado, entregue à *posteriori* do momento de abertura das propostas, nessa circunstância, o controlo a efectuar pelo júri - e pelos outros concorrentes - não seria um mero controlo de forma ou de aparência, mas teria de constituir uma confirmação minuciosa e relativamente extensa de um documento que apresenta alguma densidade.
- 163.** Neste contexto fáctico, é também muito duvidoso que se possa entender que aquela exigência de controlo pelo júri do concurso respeita o princípio da proporcionalidade ou, visto mais precisamente, que se possa invocar a desproporcionalidade da atuação do júri ao excluir a proposta da Lactoaçores.
- 164.** Em suma, por todas estas razões, a admissão da substituição do Anexo VIII à *posterior*, por outro devidamente assinado, poria em causa os princípios da estabilidade concursal, na subvertente da intangibilidade das propostas, da legalidade, concorrência, da transparência e da igualdade.
- 165.** Neste enquadramento, não se pode, seguramente, considerar que a total falta de assinatura do Anexo VIII constituía uma formalidade não essencial, por estar em causa uma mera irregularidade de forma ou do modo de apresentação da proposta, sem relevância substancial.
- 166.** Logo, no caso, não podia a Entidade Adjudicante lançar mão ao regime do art.º 74.º, n.º 3, do CCP.
- 167.** A formalidade da total falta de assinatura do Anexo VIII é uma formalidade essencial que não pode degradar-se em não essencial.

- 168.** Pelas razões acima enunciadas, julgamos que também não ocorre aqui uma situação de exceção, manifesta, que legitime e exija que a Entidade Adjudicante faça uso da dogmática do princípio do aproveitamento do ato administrativo para salvar a proposta da Lactoaçores.
- 169.** No mais, é pacífico na jurisprudência e na doutrina, que a total falta de assinatura de um documento integrante da proposta, que inclui aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo CE, aos quais a Entidade Adjudicante pretende que o concorrente se vincule, não replicados em mais nenhum ponto da proposta, implica, necessariamente a exclusão dessa proposta.
- 170.** Entre a jurisprudência deste TdC não encontramos situações que se tenham debruçado sobre casos de total ausência de assinatura dos documentos das propostas ou candidaturas. Já na jurisprudência dos tribunais administrativos, vejam-se, entre outros, os Acs. do STA (do Pleno) n.º 0210/18.4BELLE, de 25/11/2021, n.º 278/17.0BECTB, de 06/12/2018, n.ºs 0322/16.9BEFUN, de 27/09/2018, n.º 01028/15, de 03/12/2015, n.º 1123/12, de 30/01/2013, n.º 330/12, de 20/06/2012, n.º 1056/11, de 08/03/2012, ou do TCAS n.º 210/18.4BELLE, de 15/10/2020, n.º 2226/18.1BELSB, de 19/06/2019, n.º 278/17.0BECTB, de 28/06/2018 ou n.º 08592/12, de 12/04/2012. Na doutrina, neste mesmo sentido, veja-se, OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves - Concursos e Outros, *ob. cit.*, pp. 945-946; GONÇALVES, Pedro Costa - Direito dos, *ob. cit.*, pp. 804-806 e 843; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - Direito da, Vol. II, p. 159-164; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pedro - A Revisão de, *ob. cit.*, pp. 167-173; SOUSA, Luís Verde de - Algumas considerações, *ob. cit.* pp. 624-625. 605-633; MATOS, Sara Younis Augusto de - Suprimento de, *ob. cit.*, pp.62- 66; FERNANDES, Débora Melo - A não aposição de assinatura eletrónica nos documentos da proposta antes do respetivo carregamento na plataforma: anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de dezembro de 2018 (proc. n.º 0278/17.0BECTB). Revista de Direito Administrativo. Lisboa. 5 (2019) 109–115; MAGALHÃES, Sandra Tavares Magalhães - A assinatura eletrónica e a exclusão de propostas, in Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública. Coord. Nuno Cunha Rodrigues [Em linha] (2017), 180-193, disponível em <https://institutoeuropeu.eu/biblioteca-ie/publicacoes/outras-publicacoes/523-direito-internacional-e-europeu-da-contratacao-publica>.
- 171.** Em reforço do que acima dissemos, invoque-se o julgamento feito pelo Ac. do Pleno do STA, n.º 0210/18.4BELLE, de 25/11/2021, em que se discutiu a aposição de assinatura num ficheiro PDF, que agrupava vários documentos – ao invés da assinatura individualizada. Ali é referido designadamente o seguinte: “*é nossa opinião que a interpretação jurídica no âmbito de normas administrativas reguladoras de procedimentos de forte pendor burocrático (caracterizado por estar assente em regras e princípios explícitos), por expressa opção do legislador (por considerar que a*

burocracia é, neste caso, uma dimensão da garantia dos administrados, leia-se, dos concorrentes), radicada no carácter massificado da sua utilização e na circunstância de a ele estarem obrigados sujeitos jurídicos (públicos e privados, incluindo entidades adjudicantes e co-contratantes) muito diversificados, também nas suas qualificações jurídicas e habilitações técnicas para o uso de meios informáticos, impõe que o teor literal da regra tenha um peso determinante nas soluções. É precisamente neste tipo de procedimentos, pelas suas características e pelas especiais exigências que estão subjacentes à sua aplicação que a regra explícita (a burocracia) e os formalismos ganham qualidades adicionais. A regra explícita e o “modelo de administração fordista” (baseado em actos repetitivos e sem margens para interpretação ao aplicar as regras) é, neste especial circunstancialismo, medida de garantia da materialidade da decisão, por proporcionar um tratamento igualitário e não discriminatório.

Vale isto por dizer que a reserva de acto legislativo, no sentido de obediência estrita ao teor literal da regra legal, é aqui especialmente intensa e que uma modificação do sentido de uma regra explícita há-de resultar de uma modificação legislativa expressa (uma alteração na redacção da lei) e não de uma operação hermenêutica, porque só a primeira tem a força necessária para impor, com segurança jurídica, a alteração do comportamento e da praxe burocrática (seja de quem apresenta a proposta, seja de quem a aceita ou exclui) e só ela pode assegurar a uniformização na aplicação do direito e a plena realização dos princípios materiais (in casu, a concorrência e a igualdade de tratamento) subjacentes às regras.”

- 172.** Por seu turno, como já referimos, no âmbito da jurisprudência do TdC não encontramos - para além do Acórdão recorrido - jurisprudência para casos totalmente similares, isto é, não encontramos decisões em que se tenha discutido a apresentação de documentos da proposta, relativos a atributos, termos e condições, não replicados em outros documentos, que estivessem pura e simplesmente não assinados.
- 173.** No que se refere aos Acórdãos citados pela decisão recorrida, que acima se identificaram, não visam situações factuais similares à tratada nestes autos, pelo que não fundam uma jurisprudência contrária à que ora se afirma.
- 174.** Os Acs. do TdC n.º 29/2019, de 23/07/2019, 1.ª S/SS, n.º 10/2021, de 20/04/2021, 1.ª S/SS, n.º 45/2020, de 02/11/2020, 1.ª S/SS e 16/2021, de 29/06/2021 – 1.ª S/SS, não se debruçaram sobre documentos exigidos para a aferição dos termos e condições da proposta, mas sim, sobre documentos diversos. O Ac. do TdC n.º 01/2020, de 07/01/2020, 1.ª S/SS, relacionou-se com uma irregularidade decorrente da falta de demonstração dos poderes de representação e o Ac. do TdC n.º 17/2020, de 25/03/2020, 1.ª S/SS, discutiu um caso em que a proposta estava

assinada por dois gerentes de uma sociedade, um pela via informática, mas outro, de forma autógrafa.

175. Em suma, não podemos acompanhar o Acórdão recorrido, pois, no caso concreto, em discussão, não estava em causa a preterição de formalidades não essenciais, nem uma situação manifesta, que exigisse que a Entidade Adjudicante, como válvula de escape para a desproporcionalidade da exigência, lançasse mão à teoria do aproveitamento do ato administrativo e da degradação das formalidades essenciais em não essenciais. As formalidades preteridas no presente caso eram formalidades essenciais. Igualmente, na casuística que se discute tais formalidades não podiam considerar-se degradadas em formalidades não essenciais, para assim se salvar a proposta da Lactoçores. A Entidade Adjudicante não tinha, por isso mesmo, nenhum dever jurídico de lançar mão à referida teoria.
176. Como acima indicamos, a situação em análise estava também, claramente, fora do campo de ação do art.º 74.º, n.º 3, do CCP.
177. Assim, atendendo à casuística em discussão, à Entidade Adjudicante – e mais propriamente ao júri do concurso - apenas competia, de imediato, excluir a proposta da Lactoçores. Essa exclusão configurava um dever jurídico, que se fosse preterido redundava numa conduta administrativa ilícita.
178. Temos, pois, que conceder provimento ao recurso e revogar o Acórdão recorrido.

III – DECISÃO

Pelo exposto, acorda-se, em Plenário da 1.ª Secção, em dar provimento ao recurso, revogando o Acórdão recorrido e em conceder o visto ao contrato outorgado em 06/07/2021, pelo requerente ISS e pela Parmalat Portugal – Produtos Alimentares, Lda, no valor de €1.799.969,99, acrescido de IVA à taxa legal, submetido a fiscalização prévia.

São devidos emolumentos nos termos do art.º 17.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31/05.

Registe e notifique.

Lisboa, 25 de janeiro de 2022.

Os Juízes Conselheiros

(Sofia David)

(Nuno Ribeiro Coelho)

(José Manuel Santos Quelhas)