TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
01606/13.3BEBRG	20 de fevereiro de 2015	Esperança Mealha

DESCRITORES

Contratação pública > Assinatura electrónica > Preços parciais

---

SUMÁRIO

I – A falta de assinatura de uma das empresas que integra o agrupamento concorrente, na declaração a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP, quando a proposta foi submetida na plataforma electrónica contendo a assinatura electrónica do outro membro do agrupamento, constitui uma irregularidade que pode suscitar um pedido de esclarecimentos do júri com vista à sua sanação, pois deixa intocado o conteúdo da proposta apresentada, sendo insuscetível de interferir com a sua apreciação e comparabilidade com as demais propostas, e também não altera a estabilidade subjetiva do procedimento concursal. Os princípios da proporcionalidade e do "favor" do procedimento em que, além de outros, assenta o regime de contratação pública apontam para a necessidade de interpretar o disposto nos artigos 57.º, 72.º e 146.º do CCP no sentido de admitirem "válvulas de escape", que permitam evitar a exclusão de uma proposta cuja valia não vem questionada e a exclusão de um concorrente cuja vontade firme de contratar não é posta em causa, apenas como decorrência de um irregularidade formal, cuja sanação não põe em causa a igualdade entre concorrentes, a imutabilidade da proposta ou a imparcialidade do júri.

II – A falta de indicação dos preços parciais dos trabalhos da empreitada que

cada um dos seus membros do agrupamento se propõe executar constitui fundamento de exclusão da proposta, insuscetível de sanação ou de pedido de esclarecimentos, uma vez que essa possibilidade contende diretamente com os princípios da intangibilidade e comparabilidade das propostas e da igualdade entre concorrentes.*

*Sumário elaborado pelo Relator.

TEXTO INTEGRAL

Acordam, em conferência, na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte

1. Relatório

1.1. CENTRO HOSPITALAR DO P..., EPE, interpõe recurso jurisdicional do acórdão do TAF de Braga que negou provimento à reclamação apresentada contra a sentença do mesmo tribunal, mantendo a decisão de julgar procedente a ação de contencioso pré-contratual, intentada por ABB, S.A., contra o aqui Recorrente e contra o agrupamento formado pelas sociedades JFS, SA, e F... – Fornecimento e Instalações Eléctricas, Lda., na qualidade de contra-interessado, com a consequente anulação do ato de adjudicação e condenação do aqui Recorrente a proceder à exclusão da proposta do agrupamento conta-interessado e a adjudicar a empreitada designada "Construção do Novo Arruamento do CMNI" à ora Recorrida.

O Recorrente termina as respetivas alegações com as seguintes conclusões:

"1ª A norma do art 72º do Código dos Contratos Públicos deve ser interpretada em articulação com as da alínea a) do nº 2 do art 70º, a da alínea b) do nº 1 do art 57º e ainda, em conjunto, de acordo com aqueles princípios, especialmente aplicáveis, da transparência, da igualdade e da concorrência, de onde resulte uma opção inclusiva, contida nos limites da previsão normativa, e ainda dos

princípios do aproveitamento dos actos administrativos e da proporcionalidade;

2ª E não pode ser interpretada isolada e positivamente;

3ª Tudo de onde decorre que a irregularidade de uma proposta, desde que a respectiva supressão assegure a comparabildade e não atinja o princípio da intangibilidade das propostas nem subverta os valores em equação, vg o da prossecução do interesse público, só deve conduzir à exclusão da proposta se, devidamente notificado o concorrente para tal efeito, a mesma não for corrigida;

4ª E não atingem a comparabilidade nem a intangibilidade das propostas a «deficiência» relativa à não indicação de preços parciais na empreitada e a falta ou irregularidade de assinatura ou incompletude da mesma;

5ª Por só desse modo se afirmar a aplicação plena do direito, desde o princípio da proporcionalidade ao da prossecução do interesse público, passando pelas projecções normativas destes princípios, como reflecte a norma do art 76º do CPA;

6ª Ainda em homenagem ao princípio do aproveitamento do acto administrativo, de formação jurisprudencial, nos termos do qual só uma irregularidade não suprível pode conduzir à eficácia invalidante;

7ª E, em síntese, como resulta dos acórdãos do TCAN invocados - cuja linha de enfrentamento destas matérias deve orientar os operadores judiciários - quanto à questão de fundo, «tem-se como possível afirmar a existência de uma regra de prevalência da substância sobre a forma assegurado que se mostre no caso a observância do princípio da igualdade, na certeza de que importa ter presente que a forma (ou a formalidade) desempenha uma função estritamente associada à revelação de um conteúdo material ou de um atributo da proposta» (do Acórdão relatado pelo Juiz Desembargador Carlos Carvalho)

8ª Ou seja, uma clara opção pela substância da solução ao invés de atribuir relevo a aspectos formais, supríveis, em direcção a uma justiça material, sintetizável na locução «na falta de uma assinatura, não é irregularidade

essencial a falta da assinatura em si mesma, mas irregularidade essencial o significado dessa falta na representação da vontade da parte que devia assinar e não o fez»;

9ª Até a falta de assinatura de uma sentença pode ser suprida sem afectação essencial dos valores em presença;

10ª Ou seja, como se sublinha no acórdão: «importa ter presente que a forma (ou a formalidade) desempenha uma função estritamente associada à revelação de um conteúdo material ou de um atributo da proposta»

11ª Ao ter decidido como o fez, não obstante o mérito intrínseco - e, como sublinha aquele Acórdão de 25 de Janeiro de 2013, «não sendo a resposta fácil e isenta de dúvidas» - não adoptou uma solução plenamente conforme ao Direito;

12ª Na verdade, o enfrentamento jurídico pleno teria de ser, após convite para a correcção das irregularidades formais detectadas, o da admissão da proposta, porque só uma tal decisão se harmonizar com a correcta interpretação das normas aplicáveis, harmonizadas pelos referidos princípios, da transparência na contratação, da proporcionalidade e do aproveitamento do procedimento

13ª Finalmente, não poderia a Acórdão recorrido condenar a ré totalmente com a legal consequência em sede de custas, quando, afinal não acolhe, como em tal solução era suposto, inteiramente o pedido da autora."

*

1.2. A Recorrida contra-alegou, concluindo o seguinte:

"I. Nos presentes autos, vem o Recorrente apelar da douta sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, que julgou totalmente procedente a ação de contencioso pré-contratual determinando:

a) A exclusão da proposta da contrainteressada;

b) A reformulação dos atos procedimentais, de acordo com a exclusão dessa proposta; e pela,

c) A condenação da entidade demandada a adjudicar a empreitada à Autora, ora Recorrida, se a tal nada vier a obstar.

II. Ora, salvo o devido respeito, a Recorrida discorda em absoluto com o Recorrente, considerando, pois, que bem andou o douto Tribunal a quo, devendo ser mantida a decisão;

III. A falta de aposição de assinatura na declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos (Anexo I) e demais documentação do agrupamento concorrente é fundamento de exclusão; porquanto,

IV. Estabelece o art.º 57.º, n.º 1, al. a), do CCP que compõem a proposta "declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo I ao presente Código, do qual faz parte integrante";

V. No caso de a proposta ser apresentada por agrupamento concorrente (que é o caso), ser lida em conjugação com o n.º 5 do mesmo art.º 57.º do CCP, nos termos do qual "quando a proposta seja apresentada por um agrupamento concorrente, a declaração referida na al. a) do n.º 1 deve ser assinada pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à declaração os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros, ou não existindo representante comum, deve ser assinada por todos os seus membros ou respectivos representantes";

VI. Por seu turno, o artigo 146.º, n.º 2 alíneas d) e e), do CCP estabelece que, "No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:

d) Que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 57.º;

e) Que não cumpram o disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 57.º ou nos n.ºs 1 e 2 do artigo 58.º;

VII. No caso concreto, a declaração em causa, e de resto, toda a demais documentação da proposta encontra-se, apenas e só, assinada pela

concorrente JFS, S. A.;

VIII. A lei determina a exclusão de uma proposta caso esta não preencha os requisitos do artigo 57.º, n.º 1 e n.º 5 do CCP;

IX. "A declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo I ao CCP, enquanto documento que integrante das peças da candidatura/proposta apresentada no procedimento concursal, deve ser assinada pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar [art. 57.º, n.ºs 1, al. a) e 4 do CCP], sendo causa de exclusão da proposta a sua ausência [art. 146.º, n.º 2, als. d) e e) do CCP]." – Cfr. Neste sentido o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo n.º 02389/10.4BELSB, disponível em www.dgsi.pt;

X. Não pode operar, neste caso a teoria das formalidades não essenciais, porquanto, "a inobservância ou deficiente cumprimento de formalidades legais ou regulamentares respeitantes à sua prática só implique a "invalidade" do acto procedimental do particular, isto é, a sua inaptidão para produzir os efeitos próprios ou típicos a que tende – ou seja, aqui, só implique a exclusão da respectiva proposta – quando se trate de formalidade a cuja preterição a lei assaque tal sanção (...)" ;

XI. No caso concreto o artigo 146.º, n.º 2, alínea d) e e), preveem, expressamente, a exclusão das propostas apresentadas por consórcio em violação do disposto no artigo 57.º, em especial no caso concreto, dos n.ºs 4 e 5, do CCP;

XII. Ou seja, a preterição de assinatura da declaração (Anexo I) (e demais documentação da proposta) por um dos elementos do Consórcio é culminada com a exclusão da proposta prevaricadora;

XIII. Ao não ser excluída a proposta, nestes moldes, estamos perante uma clara e frontal violação de todos os princípios que norteiam a atividade da Administração, com especial ênfase na Contratação Pública;

XIV. Também, a falta de apresentação, da lista de preços parciais prevista no n.º 4 do artigo 60.º do CCP, no caso concreto, é fundamento de exclusão;

XV. De facto a "apresentação da declaração dos preços parciais dos trabalhos, não é facultativa, conforme estabelecido no n.º 4 do artigo 60.º e na alínea h) do artigo 132.º do Decreto-Lei 18/2008, de 29 de Janeiro, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, não tendo o júri competência para dispensá-la." – Cfr. Acórdão deste douto Tribunal Central Administrativo Norte de 27-10-2011, proferido no processo n.º 00315/11.2BEAVR, disponível em www.dgsi.pt;

XVI. No caso, a imposição legal emergente do n.º 4 e 5, do artigo 60.º, do CCP, para lá da função de obrigatoriedade da discriminação dos preços parciais dos trabalhos a executar, e por referência às habilitações contidas nos alvarás, tem ainda por escopo uma clara identificação dos trabalhos que irão ser realizados por cada um dos elementos do consórcio;

XVII. Resultando, daí, uma auto vinculação, no que tange à futura execução da prestação que constitui objeto de concurso;

XVIII. A sua exigência surge, também, da necessidade de avaliar cada uma das diferentes parcelas que compõem o preço global e verificar o seu peso e reflexo no mesmo;

XIX. A omissão de apresentação da lista de preços parciais, no caso concreto, invalida a proposta, traduzindo-se a graduação desta, com tal omissão, numa situação de favor, relativamente ao concorrente faltoso, violadora de princípios fundamentais da Contratação Pública;

XX. Ao contrário do alegado pela Reclamante, estamos perante a preterição de uma formalidade essencial do conteúdo da proposta, que deveria ter culminado na exclusão da proposta da Contrainteressada;

XXI. Estamos perante um consórcio, um agrupamento concorrente e só através da apresentação da lista de preços parciais se pode saber, concretamente, quais os trabalhos que irão ser realizados por cada um dos elementos do

consórcio;

XXII. Este objetivo, não pode ser alcançado por nenhuma outra via, apenas com a entrega da lista de preços parciais;

XXIII. O próprio Recorrente apenas se limita a dizer que, de facto esta declaração não foi entregue e que a sua falta não é fundamento de exclusão, sem que contudo alegue que o resultado que se propunha a atingir com a lista de preços parciais foi alcançado por outra via;

XXIV. Isto porque, claramente não foi;

XXV. Consequentemente, não consegue avaliar a proposta com o grau de exigência que se impõe, pelo que nunca poderia, a preterição desta formalidade, degradar-se em não essencial;

XXVI. A preterição desta formalidade impede a avaliação da proposta com o grau de exigência que se impõe nesta sede;

XXVII. Pelo que há impossibilidade de avaliação da proposta em virtude da falta de um dos seus atributos, nos termos do disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea c) do CCP.

XXVIII. Assim, seja pela aplicação direta do 146.º, n.º 2, alínea d), seja pela dupla remissão do artigo 146.º, n.º 2 alínea o), 70.º, n.º 2, alínea c), devem ser excluídas as propostas que não contenham a declaração de preços parciais prevista no n.º 4, do artigo 60.º todos do CCP;

XXIX. Esta formalidade não pode degradar-se em não essencial porquanto, não pode ser dado como acautelado ou assegurado por qualquer outra via o que se pretendia acautelar com a entrega da declaração constante no artigo 60.º, n.º 4 do CCP, como de resto não é alegado pelo Recorrente;

XXX. Tal ilegalidade, porque também violadora dos princípios da legalidade, transparência, igualdade, concorrência e imparcialidade, constitui a preterição de algo essencial, que conduz à invalidade da respetiva proposta;

XXXI. Também há completa procedência da ação da Recorrida; porquanto,

XXXII. Aos Tribunais Administrativos deve ser reconhecido um papel

determinante na efetivação dos direitos e interesses dos particulares, o que passa, necessariamente, pelo controlo efetivo do exercício da função administrativa;

XXXIII. O Tribunal pode e deve apreciar os chamados elementos vinculados do ato, tendo em conta que a discricionariedade nunca é total;

XXXIV. "Pode extrair-se do CPTA uma orientação genérica no sentido de que a margem de livre decisão administrativa se encontra submetida a um pleno controlo de juridicidade mas, também, a um mero controlo de juridicidade: tudo aquilo que, no iter conducente à decisão, seja juridicamente determinado ou juridicamente valorável constitui campo de controlo jurisdicional…" ;

XXXV. Uma adequada e correta interpretação e compatibilização entre o princípio da separação de poderes e o princípio da tutela jurisdicional efetiva

XXXVI. perante os poderes públicos, não impede que os tribunais administrativos se pronunciem sobre os termos em que a Administração, desenvolvendo-se no âmbito do exercício de poderes marcados pela denominada "discricionariedade administrativa", deva definir o direito com a emissão do ato administrativo;

XXXVII. A douta decisão singular refere que, "encontra-se a Entidade Demandada constituída no dever de proceder a novo acto de adjudicação, agora em favor da Autora, e por ter sido esta a proposta melhor graduada no procedimento concursal, em face da exclusão da proposta das contra-interessadas, atento o dever de adjudicação previsto no art.º 76.º, do CCP, e se a tal nada mais vier obstar.";

XXXVIII. Sendo esta decisão concretizada pela decisão proferida em conferência, ao afirmar-se que, "Resulta de forma clara que o Tribunal, tendo anulado o ato de adjudicação do concurso à contrainteressada, condenou a Reclamante à prática do ato de adjudicação à A.. Ou seja, deu-se total provimento às pretensões formuladas pela A.

Fê-lo, é certo, com referência "se a tal nada vier a obstar" mas tal não se deve

a qualquer juízo de improcedência da pretensão da A., mas tão só a um critério de prudência quanto à ocorrência de circunstâncias supervenientes ao trânsito em julgado da decisão, designadamente constitutivas de uma causa legítima de inexecução, que possam vir a obstaculizar à execução da sentença."

XXXIX. Da anulação do ato de adjudicação resulta, para a ED, o dever de praticar novo ato;

XL. Sendo esse ato a adjudicação da empreitada à Recorrida, se não ocorrer causa ilegítima de inexecução;

XLI. Assim, improcedem todos os argumentos expendidos pelo Recorrente."

*

1.3. O Magistrado do Ministério Público junto deste Tribunal emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso.

***

2. Objeto do recurso

No presente recurso cabe decidir se a decisão recorrida enferma de erro de julgamento de direito por ter julgado procedente a ação de contencioso pré-contratual, excluindo a proposta do agrupamento contra-interessado e condenando o Recorrente a adjudicar a empreitada à aqui Recorrida, o que implica saber se constitui fundamento de exclusão ou, antes disso, admite convite ao suprimento, as seguintes deficiências da proposta:

a) Falta de assinatura de um dos membros do agrupamento concorrente, na declaração prevista no artigo 57.º/1-a)/5 do CCP;

b) Falta de apresentação dos preços parciais dos trabalhos da empreitada, prevista no artigo 60.º/4/5 do CCP.

***

3. Factos

3.1. O acórdão recorrido deu como assentes os seguintes factos:

1) ABB, S. A., é uma pessoa colectiva constituída sob a forma de sociedade anónima, e que se dedica por conta própria, com escopo lucrativo e carácter de permanência à actividade de construção civil e obras públicas, entre outros;

2) Mediante o anúncio de procedimento n.º 632/2013, publicado do Diário da República, II Série, n.º 28, Parte L, de 8 de Fevereiro de 2013, o Réu abriu concurso público destinado à execução da empreitada designada "Construção do Novo arruamento do CMIN" – cfr. fls. 01 a 03 do PA.

3) No âmbito do procedimento concursal, apresentaram propostas quatro concorrentes, entre as quais a Autora ABB, SA, e as Contra-interessadas JFS, SA/F... – Fornecimento e Instalações Eléctricas, SA – cfr. fls. 8 do P.A. do Concurso;

4) A Autora submeteu, a sua proposta, através da plataforma electrónica, a qual tem o teor de fls. 53 a 221 do PA, cujo teor se dá por inteiramente reproduzido;

5) As Contra-interessadas JFS, SA/F... – Fornecimento e Instalações Eléctricas, SA submeteram, sua proposta, através da plataforma Vortal, a qual tem o teor de fls. 224 a 374 do PA relativo às Propostas, cujo teor se dá por inteiramente reproduzido;

6) Com a proposta apresentada pelas concorrentes JFS, SA/F... – Fornecimento e Instalações Eléctricas, SA foi apresentada "DECLARAÇÃO (a que se refere a alínea a) do n.º1 do artigo 57.º)", com o teor de fls. 226 a 229 do PA que aqui se dão por integralmente reproduzidas, na qual resulta aposta a assinatura digital da sociedade JFS, SA;

7) Com a proposta apresentada pelas contra-interessadas, foi apresentada "DECLARAÇÃO DE CONSÓRCIO", com o teor de fls. 230 e 231 do PA na qual resulta aposta a assinatura digital da sociedade JFS, SA.

8) Com a Proposta apresentada pelas contra-interessadas, foi junta procuração outorgada pela sociedade JFS, S.A., mediante a qual foi constituído procurador

da sociedade, MRFS;

9) A lista de preços integrante da proposta das Contra-interessadas, tem o teor de fls. 2552 a 278 do PA, que aqui se dão por reproduzidas, não se encontrando individualizados os trabalhos que cada uma das contra-interessadas se propunha executar nem não individualizando o preço unitário parcial relativo a cada uma delas.

10) Com a proposta das contra-interessadas JFS, SA/F..., LDA, foi junto documento designado "PREÇO TOTAL" (fls. 252 e 253 do PA que se têm por reproduzidas), no qual as proponentes indicam as autorizações emergentes do alvará de construção de que cada uma das sociedades era titular, seguindo-se a indicação da percentagem global dos trabalhos a realizar por cada uma das sociedades (80%, e com um valor de € 534.948,38, imputados à JFS, SA e 20% com um valor de € 133.737,00 imputados à F..., Lda);

11) Em 22 de Maio de 2013, foi elaborado pelo Júri o Relatório Preliminar, no qual se propunha a adjudicação à concorrente JFS, S.A., nos termos e com os fundamentos constantes de fls. 08 a 10 do PA, que aqui se consideram inteiramente reproduzidas;

12) A Autora, notificada do Relatório preliminar, veio exercer o direito de audiência prévia, nos termos e com os fundamentos constantes de fls. 38 a 45 do PA, onde pugnou pela exclusão da proposta das Contra-interessadas;

13) Através de comunicação datada de 13 de Julho de 2013, o Júri solicitou às contra-interessadas o seguinte (cfr. fls. 28 e 29 do PA):

Assunto: Pedido de Esclarecimentos no CP n0176/2012 - Empreitada de Construção do Novo Arruamento Circundante ao CMIN

P..., 08 do Julho do 2013

Exmos. Senhores

Em referência à vossa proposta ao Concurso Publico em epígrafe, após analise dos documentos apresentados, foram suscitadas em tomada de posição em audiência prévia pelo concorrente ABB, SA, algumas deficiências formais, as

quais são as melhor especificadas na posição do concorrente, com oito páginas que adiante se juntam; tal tomada de posição em audiência prévia foi objecto de parecer jurídico apreciado pelo Júri.

Nesse parecer se enuncia, com interesse para a presente notificação, que, «... analisada a documentação concursal, vg a documentação relativa à proposta e a relativa ao agrupamento, está impressa em papel contendo os logótipos das duas entidades empresariais, a JFS, SA e a F... - Fornecimento e Insta1ações Eléctricas, Lda., confirma-se que efectivamente é apenas o legal representante daquela JFS, SA que está mandatado por esta para a representar e que a empresa F... - Fornecimento e instalações Eléctricas, Lda. se acha representada pelo seu legal representante mas sem a junção de qualquer mandato que a consubstancie e titule; isso mesmo reconhece a concorrente ABB, SA nas alíneas i) e ii) do número 12 da sua exposição.

Por outro lado, é também certo que da análise da documentação se constata que não estão discriminados os preços parciais que correspondam às obras e aos bens a que se refere a proposta do agrupamento relativos aos trabalhos que se propõe executar cada uma das empresas agrupadas, seja, para o efeito da conferência das habi1itações contidas nos alvarás de que sejam titulares, seja para a repartição dos trabalhos.»

Neste sentido, sem prejuízo da avaliação a que V. Exªs devem proceder das reservas formais suscitadas por aquele concorrente, vem o Júri do procedimento solicitar envio do seguinte:

1º Declaração anexo I devidamente assinada pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à declaração os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos membros ou não existindo representante comum deve ser assinada por todos os membros ou respectivos representantes, conforme estipulado no n° 5 artigo 57º do CCP.

2°- Menção na proposta dos preços parciais dos trabalhos que cada um dos elementos do agrupamento se propõe executar, de acordo com o estipulado no

n° 4 e 5 do artigo 60º do CCP.

Os documentos solicitados devem ser enviados via plataforma Vortal, no prazo de 5 dias seguidos a contar do envio da presente comunicação.

14) No seguimento do convite que lhes foi endereçado, as Contra-interessadas apresentaram o Requerimento constante de fls. 14 a 26 do PA, que aqui se têm por reproduzidas;

15) A acompanhar o Requerimento foi junta uma procuração emitida em 30 de Outubro de 2012, e com o teor de fls. 22 a 24 do PA que aqui se têm por inteiramente transcritas, mediante a qual a sociedade F... – Fornecimento e Instalações Eléctricas LDA, constitui procurador bastante MRFS, ao qual conferiu os poderes necessários para, em consórcio com a sociedade JFS, entre o mais, "...subscrever, assinar e apresentar propostas no âmbito de qualquer concurso público..."

16) Também com o requerimento apresentado pelas Contra-interessadas, foi junta Declaração de titularidade do Alvará de construção, com o seguinte teor [cfr. fls. 25 e 26 do PA]:

DECLARAÇÃO DE TITULARIDADE DO ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO

"CONSTRUCAO DO NOVO ARRUAMENTO DO CMIN"

A empresa JFS, SA., pessoa coletiva n.º ..., com sede no ...a, pessoa colectiva n° ..., matriculada na Conservatória do Registo Comercial de B..., sob a n.º ..., com o capital social de € 4.300.000,00, titular do alvará de construção nº 3..., e a empresa F... - Fornecimentos e Instalações Eléctricas, Lda., pessoa coletiva nº 5..., com sede no Parque Industrial JFS, Rua... , matriculada na Conservatória do Registo Comercial de B, sob o n0 5..., com o capital social do € 150.000,00, titular do alvará de construção nº 2..., em cumprimento ao ponto 8.2k) do programa do procedimentos, apresenta lista dos preços parciais dos trabalhos a efectuar em cada uma das subcategorias e o respectivo valor, conforme estipulado no n.º 4 do Artigo 60.º do CCP

Categorias Sub Categorias Total dos TrabalhosJFS – 3234

Valor dos

Classe trabalhosF... – 23250

Valor dos

Classe trabalhos 2 1ª Vias de circulação rodoviário e aeródromos 668.685,47 € 4 534.948,38€

3 133.737,09 € 2 3ª Pontes e viadutos de betão 128.260,04 €4 128.260,04€ 2 5ª Obras de arte correntes 23.051,70 €3 23.051,70€ 2 6ª Saneamento básico 68.028, 41 €4 54.422,73€3 20.408,52 € 2 11ª Sinalização não eléctrica e dispositivos de protecção e segurança 51.974,18 €

1 51.974,18€ 2 1ª Instalações elétricas de utilização de baixa tensãp

38.316,08 € 55 38.316,08 € 5 1ª Demolições 19.556,13 €3 15.644,90 € 4 3.911,23 € 5 2ª Movimento de terras 35.640,39 €4 28.512,31 € 4 7.128,08 € 5 9ª Armaduras para betão armado 112.429,42 €6 89.943,54 € 4 22.485,88 € 5 1 0 ª Cofragens 69.768,08 €6 55.814,46 € 4 13.953,62 € 5 11ª Impermeabilização e isolamentos 3.656,75 €2 2.925,40 € 3 731,35 € 5 12ª Andaimes e outras estruturas provisórias 18.890,00 € 6 15.112,00 € 3 3.778,00 €

Para as autorizações da 4ª e 6ª subcategoria da 5ª categoria, este agrupamento recorre à firma T...- Fundações e Geotecnia, S.A., com sede..., titular do Alvará de Construção nº 20038, contendo as seguintes autorizações:

4ª subcategoria da 5ª categoria classe 8 66.258,52 €

6ª subcategoria da 5ª categoria classe 8 60.368,54 €

Braga, 29 de abril de 2013

17) De igual modo, a acompanhar o requerimento das contra-interessadas, foi junta nova "Declaração (a que se refere a alínea a) do nº1 do artigo 57.º)", com o teor de fls. 18 a 21 do PA, que se dão por reproduzidas, no qual consta uma assinatura manuscrita (objecto de digitalização para o documento) de MRFS, na qualidade de representante legal das empresas JFS, S.A. e F... –

FORNECIMENTOS E INSTALAÇÕES ELÉCTRICAS, LDA", encontrando-se também aposta na declaração a assinatura digital de JFS, S.A.;

18) Em 23 de Julho de 2013 foi elaborado o Relatório Final, constante de fls. 46 e 47 do P.A. que se têm por inteiramente reproduzidas, aí constando entre o mais:

"CONCURSO PÚBLICO N° 0176/2012

EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO DO NOVO ARRUAMENTO CIRCUNDANTE AO CMIN

RELATÓRIO FINAL

Aos 24 dias do mês de Julho do ano de dois mil e treze em cumprimento do disposto no artigo 124° do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, reuniu o Júri do Concurso acima referido, com o fim de proceder à e1aboração do relatório final:

1.No Âmbito do Concurso Publico nº 0176/2012 Empreitada de construção do novo arruamento do CMIN, apresentaram proposta as seguintes concorrentes:

01 - ABB, SA

02 - Construtora da H...- Irmãos N..., Lda.

03 - JFS, SA / F... - Fornecimento e Instalações Eléctricas, Lda.

04 - MRG, Engenharia e Construção. SA

2. Após análise dos documentos da proposta, o Júri decidiu excluir a proposta apresentada pela firma Construtora da H...- Irmãos N..., por não apresentar Os documentos mencionados na cláusula 8ª do programa do concurso e por violar o estipulado na alínea d) n° 2 artigo 70° do Decreto-lei n° 18/2008 de 29/01, "São excluídas as propostas cuja análise revele que o preço contratual seja superior ao preço base".

3. Em sede do relatório preliminar, em cumprimento do disposto no art.° 122 do CCP, o Júri ordenou provisoriamente as propostas apresentadas, de acordo com os critérios de adjudicação:

1º - JFS, SA / F... - Fornecimento e Instalações Eléctricas, Lda.

2º - ABB, SA

3º - MRG, Engenharia e Construção. SA

4. Dando cumprimento ao disposto no artigo 123.° do CCP, foram todos os concorrentes notificados para efeitos de audiência prévia, tendo sido apresentada a reclamação em anexo por parte do concorrente ABB.

5. Veio pronunciar-se o concorrente ABB, SA cuja posição foi devidamente analisada pelo Gabinete Jurídico, após o que foi auscultada a concorrente JFS SA / F..., Lda., que veio igualmente clarificar e juntar os documentos dotados dos requisitos formais adequados, os quais foram validados pelo Júri.

6. O Júri converte o relatório preliminar no presente relatório final e propõe para efeitos de adjudicação do presente concurso a proposta da concorrente nº 03:

JFS, JFS, SA / F... - Fornecimento e Instalações Eléctricas, Lda.

Que se propõe executar os trabalhos no prazo de 120 (cento e vinte) dias pelo valor global de: 668.685,47€ + IVA

5. Face ao que se antecede, submete-se a aprovação de despesa e adjudicação o presente relatório. (…)"

19) Por despacho de 09 de Setembro de 2013, foi determinada a adjudicação da empreitadas ao consórcio JFS, S.A./F..., Fornecimento e Instalações Eléctricas, LDA, pelo valor de €668.685,47+IVA – cfr. fls. 48 do P.A.;

20) O Requerimento inicial foi remetido ao TAF de Braga, via SITAF, em 04 de Outubro de 2013 – cfr. fls. 01 do suporte físico dos autos.

*

3.2. Ao abrigo dos artigos 662.º/1 e 665.º/1/2 do CPC/2013, aditam-se os seguintes factos, que se encontram documentados nos autos e são relevantes para a decisão:

21) A declaração de concorrente, acima referida no ponto 6), datada de 29.04.2013 e assinada eletronicamente pela sociedade JFS, SA, foi emitida por MRFS, na qualidade de representante legal da citada empresa JFS, SA, e por

FFS, na qualidade de representante legal da empresa F..., Lda., encontrando-se impressa em papel com o logótipo e a identificação de ambas as sociedades (doc. fls. 226/229 do processo administrativo apenso aos autos).

22) A nova declaração de concorrente, acima referida no ponto 17), tem data de 29.04.2013, encontra-se assinada digitalmente pela sociedade JFS, SA e manuscritamente por MRFS e foi emitida por este, na qualidade de representante legal das empresas JFS, SA, e F..., Lda., encontrando-se impressa em papel com o logótipo e a identificação de ambas as sociedades (doc. fls. 18/21 do processo administrativo).

23) A procuração a que se refere o ponto 15) supra, foi outorgada em cartório notarial, em 30.10.2012, por FFS, na qualidade de representante legal de F..., Lda., conferindo poderes a MRFS, designadamente, para: "subscrever, assinar e apresentar propostas no âmbito de qualquer concurso público, bem como todos os documentos que as integram, incluindo a declaração de aceitação prevista no artigo 57.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, apresentar propostas condicionais e propostas com projeto ou variante, se for o caso, acompanhar os atos públicos dos concursos, se a eles houver lugar, podendo pedir esclarecimentos, solicitar o exame de documentos, proceder a reclamações, nomeadamente apresentar reclamações contra as deliberações de admissão ou exclusão de concorrentes, bem como, na abertura dos invólucros das propostas e deliberação sobre a admissão de propostas, pedir esclarecimentos, solicitar o exame de documentos e proceder a reclamações, nomeadamente apresentar reclamações contra as deliberações de admissão e de não admissão de propostas (...)." (doc. fls. 22/24 do processo administrativo).

24) A declaração de consórcio, acima referida no ponto 7), foi emitida em 29.04.2013, por MRFS, na qualidade de representante legal de JFS, SA, e por FFS, na qualidade de representante leal de F..., Lda., encontrando-se impressa em papel com o logótipo e a identificação de ambas as sociedades e assinada electronicamente por JFS, SA, na qual foi declarado que "se comprometem a

associar-se, na modalidade de Consórcio Externo de regime de responsabilidade solidária", sendo a participação no agrupamento de 80% para JFS, SA e de 20%, para F..., Lda. (doc. fls. 230 e 231 do processo administrativo).

***

4. Direito

4.1. Falta de assinatura de um dos membros do agrupamento concorrente (artigo 57.º/1-a)/5 do CCP)

4.1.1. O acórdão recorrido entendeu que a proposta do consórcio classificado em 1º lugar estava inquinada por falta de assinatura da declaração prevista no artigo 57.º/1-a) do CCP, que estava assinada electronicamente apenas por um dos membros do agrupamento (a sociedade JFS, SA) sem que existisse mandato ao outro membro (a sociedade F..., Lda) e contendo essa declaração a indicação de que a sociedade F..., Lda. se encontraria representada pelo seu representante legal, FFS, sem que tivesse sido junto o respetivo instrumento de representação, uma vez que tal documento apenas vinha acompanhado de uma procuração emitida pela JFS, SA, conferindo poderes de representação a MRFS. O tribunal a quo considerou, apoiando-se nos Acórdãos do STA, de 08.03.2012, P. 01056/11, e do TCAN, de 16.09.2011, P. 00102/11.8BEPRT, que esta "falta de instrumento de mandato conferido por todos os membros do consórcio" significa que a proposta não cumpre o disposto no artigo 57.º/5 do CCP, pelo que deve ser excluída, nos termos do artigo 146.º/2-d)-e) do CCP. Mais entendeu que a "invalidade" em questão não estava suprida pela Declaração de Consórcio, na qual se indicava como representante do consórcio a sociedade JFS, SA, pois tal documento estava inquinado com a mesma insuficiência, não se mostrando assinado pela sociedade F..., Lda. e inexistindo qualquer procuração a conferir poderes de representação a quem assinou a declaração.

A entidade adjudicante, aqui Recorrente, discorda do aresto recorrido,

fundamentalmente porque em seu entender as deficiências verificadas, que se relacionam com a falta de assinatura da documentação, não contendem com os atributos da proposta nem obstam à sua comparabilidade, além de que não consubstanciam uma irregularidade essencial, não podendo determinar a exclusão da respetiva proposta. Defende que o artigo 72.º deve ser interpretado em articulação com os artigos 70.º/2-a) e 57.º/1-b), todos do CCP, e em conformidade com os princípios da transparência, igualdade e concorrência, de onde resulte uma opção inclusiva, contida nos limites da previsão normativa e ainda em função dos princípios do aproveitamento dos atos administrativos e da proporcionalidade. Invoca em abono da sua tese, designadamente, o voto de vencido aposto no citado Acórdão do STA, de 08.03.2012, P. 01056/11, e os Acórdãos do TCAN, de 22.10.2010, P. 00323/10.0, e de 25.01.2013.

A Recorrida, ao invés, considera que o princípio da concorrência se deve ajustar aos demais princípios, incluindo o da legalidade, da imparcialidade e da igualdade, que determinam a exigência de apresentação de propostas nos termos legais e instruídas nos mesmos moldes por forma a permitir a sua comparabilidade. Acrescenta que o artigo 146.º/2-e)-d) do CCP impõe a exclusão das propostas cuja declaração de aceitação do caderno de encargos não se mostra assinada por todos os membros ou pelo representante comum juntando o instrumento de mandato (artigo 57.º/1-a)/5 do CCP), formalidade que se mostra essencial e não suscetível de reparação.

*

4.1.2. Dos factos acima alinhavados resulta que as sociedades JFS, SA e F..., Lda., apresentaram-se agrupadas ao concurso público destinado à execução da empreitada designada “Construção do Novo Arruamento do CMIN”, comprometendo-se a constituir um consórcio externo de regime de responsabilidade solidária, com uma participação, respetivamente, de 80% e de

20%. Acontece que, quando submeteram a proposta na plataforma electrónica, utilizaram para o efeito a assinatura electrónica da sociedade JFS, SA, representada no ato pelo seu representante legal, MRFS, sendo aquela assinatura (da sociedade JFS, SA) a única que consta, nomeadamente, da declaração de concorrente a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP, bem como da "declaração de consórcio", apresentadas juntamente com a proposta.

Posteriormente, em resposta a pedido de esclarecimentos do júri, o agrupamento juntou procuração que comprova que a sociedade F..., Lda., em data anterior à do presente concurso, conferiu ao representante legal da JFS, SA, o referido MRFS, todos os poderes necessários para subscrever, assinar e apresentar propostas no âmbito de qualquer concurso público e, concretamente, para subscrever, assinar e apresentar todos os documentos que as integram, incluindo a declaração de aceitação prevista no artigo 57.º/1-a) do CCP; e, na mesma data, juntou nova declaração de concorrente, emitida e assinada (manuscritamente) pelo referido MRFS, enquanto representante de ambas as sociedades, e assinada electronicamente pela sociedade JFS, SA.

Ou seja, materialmente, não restam dúvidas de que a proposta apresentada o foi em nome de um agrupamento de duas sociedades e embora a declaração de concorrente tenha sido electronicamente assinada apenas pela primeira das sociedades, a verdade é que o representante legal dessa sociedade, MRFS, já tinha, à data, poderes para representar no concurso a outra sociedade (F..., Lda.), que lhe haviam sido conferidos através da aludida procuração.

Em sede de resposta ao pedido de esclarecimentos formulado pelo júri e em retificação da deficiência encontrada (falta de assinatura), o agrupamento concorrente juntou nova declaração de concorrente, onde MRFS invocou expressamente a qualidade de representante da sociedade F..., Lda, assinando manuscritamente a declaração nessa qualidade.

*

4.1.3. A questão colocada é, assim, a de saber se a falta de assinatura na declaração a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP, por parte de uma das empresas que integra o agrupamento concorrente, constitui fundamento imperativo de exclusão da proposta ou se, pelo contrário, tal irregularidade pode suscitar um pedido de esclarecimentos do júri com vista à sua sanação (como no caso aconteceu).

Sobre questão próxima, embora não exatamente idêntica à dos presentes autos, incidiu o nosso Acórdão do TCAN, de 11.02.2015, P. 490/14.4BECBR, assim sumariado:

I – Tendo a concorrente outorgado a favor da sua representante uma procuração que lhe conferia poderes para "apresentar e assinar a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos" e para "apresentar e assinar eletronicamente a proposta e os documentos que a acompanham", tal significa que a representante tem os poderes necessários para, nos termos do artigo 57.º/1-a)/4 do CCP, subscrever a declaração de concorrente e vincular a representada ao compromisso de aceitação do caderno de encargos, bem como para, como titular do certificado digital, assinar eletronicamente a proposta e os documentos que a acompanham, em cumprimento do artigo 27.º/3 da Portaria n.º 701-G/2008.

II – Se a representante da concorrente escreveu, na declaração de concorrente, que agia na qualidade de "representante legal", em vez de se intitular "representante" (voluntária), tal erro constitui um lapso material insuscetível de comprometer a validade da declaração, por se manterem intocados os poderes de representação que efetivamente foram conferidos pela concorrente à sua mandatária.

III – A falta de apresentação da referida procuração, aquando da submissão da proposta na plataforma electrónica, constitui uma irregularidade formal que deve poder ser sanada (como foi, no caso), em vez de conduzir irremediavelmente à exclusão da proposta, porquanto: (i) constitui uma

formalidade ad probationem cujo cumprimento tardio não tem a virtualidade de alterar a proposta, sendo irrelevante para a sua apreciação e ordenação, apenas provando documentalmente um dado objetivo que já era certo à data da entrega da proposta e mostrando-se insignificante em relação à firmeza do compromisso assumido, não sendo questionada, nem a identidade da concorrente e da sua representante, nem a vontade firme de contratar; (ii) ainda que se entendesse que a apresentação tardia da procuração constitui uma alteração da proposta, ainda assim estaríamos perante um caso em que se imporia admitir um desvio ao princípio da intangibilidade das propostas e se mostraria necessário e adequado desconsiderar a eventual força invalidante desta irregularidade formal.

IV – A admissibilidade de sanar esta irregularidade formal não infringe a tipicidade do procedimento de concurso público, porque não se mostra necessário introduzir qualquer nova etapa no procedimento, nem se trata de matéria sobre a qual estivesse vedado um pedido de esclarecimentos (artigo 72.º do CCP), que, no caso, não se mostra necessário, por a falta ter sido suprida por iniciativa da concorrente, no âmbito da audiência prévia prevista no artigo 147.º do CCP. Também não colide com o disposto no artigo 146.º/2 do CCP, uma vez que as causas de exclusão da proposta aí enumeradas não podem deixar de ser entendidas como um elenco fechado e taxativo, no qual não se inclui a irregularidade formal aqui em causa.

V – A solução de exclusão da proposta conflitua com os princípios da proporcionalidade e do "favor" do procedimento, que apontam para a necessidade de afastar, como norma do caso, uma tal solução, que em concreto se mostra irrazoável, desnecessária e desadequada e determinam uma interpretação das regras do Código dos Contratos Públicos e da Portaria n.º 701-G/2008 no sentido de admitirem "válvulas de escape", que permitam evitar a exclusão de uma proposta cuja valia não vem questionada e a exclusão de um concorrente cuja vontade firme de contratar não é posta em causa, apenas

como decorrência de uma irregularidade formal consubstanciada no incumprimento do ónus de submeter à plataforma electrónica o documento que prova os poderes de representação do assinante e apresentante da proposta, quando é certo que, no caso, tais poderes foram efetivamente comprovados, tendo-se alcançado o objetivo subjacente a tal exigência formal.

Noutro sentido, versando um caso de falta de assinatura de membros de um agrupamento concorrente, destaca-se o Acórdão do STA, de 08.03.2012, P. 01056/11, onde se decidiu, por maioria, que deve se excluída, sem possibilidade de retificação ou pedido de esclarecimentos por parte do júri, a proposta de um agrupamento não foi assinada digitalmente por todos os seus membros, nem foi junto instrumento de representação a favor do assinante. Contudo, em desacordo com a posição que fez vencimento, leia-se o voto de vencido aposto neste aresto, onde nomeadamente, se salienta a desproporcionalidade (em termos constitucionais) da sanção da exclusão face à irregularidade formal em causa, facilmente suprível. Também no sentido da admissibilidade de sanar irregularidade idêntica já se havia pronunciado o Acórdão do TCAN, de 22.10.2010, P. 00323/10.0BECBR, que considerou dever ser objeto de esclarecimento ou convite à correção a detectada falta de assinatura electrónica da declaração de aceitação do caderno de encargos, por parte de um dos gerentes da sociedade concorrente;

É sabido que os trâmites complexos da "assinatura electrónica" e dos "certificados digitais de assinatura electrónica qualificada" têm originado frequentes irregularidades formais, que têm sido motivo de exclusão de propostas em procedimentos de contratação pública electrónica (veja-se o recente alerta de Vera Eiró, "Quem não sabe assinar não pode participar?", em Anotação ao Acórdão do STA, de 09.04.2014, P. 040/14, CJA, 108, 31-42). Tal como os casos que foram objeto dos arestos citados, também a situação em apreço não é alheia aos problemas formais que rodeiam a assinatura electrónica de propostas e a desmaterialização dos procedimentos de

contratação pública, bem como à constatação de que nem todos os concorrentes, pessoas coletivas ou individuais, dispõem dos conhecimentos e meios técnicos necessários (incluindo a assinatura electrónica qualificada) para submeterem as propostas na plataforma electrónica.

Adiante-se desde já que, pelas razões a seguir enunciadas, não aderimos a um entendimento jurídico assente na imperatividade da exclusão da proposta, sem qualquer ponderação da proporcionalidade dessa consequência face à natureza e ao tipo de irregularidade que concretamente motiva a exclusão. Antes consideramos que, no caso em apreço, a irregularidade formal cometida pelo referido agrupamento concorrente é suscetível de sanação, sem que tal infrinja as regras ou os princípios gerais que regulam o concurso público de empreitada de obras públicas. Salvo o devido respeito pela posição contrária, afigura-se que outra não pode ser a solução a extrair do regime legal, interpretado à luz dos princípios da contratação pública.

*

4.1.5. A ideia de que o regime do atual Código dos Contratos Públicos, à semelhança do regime que o antecedeu, admite, ainda que em casos estritos e excepcionais, a sanação de algumas irregularidades das propostas, não é uma ideia inovadora ou isolada, como já salientámos no Acórdão do TCAN, de 11.02.2015, P. 490/14.4BECBR, que aqui retomamos nesta parte:

Em termos gerais, Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os princípios gerais da contratação pública”, Estudos de Contratação Pública, I, cit., 51-113, 80 e s., admite que, sem prejuízo do regime rigoroso do artigo 72.º do CCP, pode consentir-se excecionalmente a correção, emenda ou alteração (em sentido amplo) das propostas. Para além de defender a possibilidade de retificação de erros manifestos, de cálculo ou de escrita, nos termos do artigo 249.º do CCiv, considera que deve admitir-se a “prestação de informações supervenientes dos concorrentes em ordem a suprir uma omissão (mesmo que ilegal) da sua

proposta, quando se trate de informação objetiva, cujo conteúdo, por exemplo, já era certo à data do termo do prazo para a entrega das propostas"; assim como entende possível a junção de "documentos supervenientes, não integrantes da proposta propriamente dita, quando isso resulte de circunstâncias especiais" (sendo um desses "casos especiais" o relatado no Acórdão do STA, de 17.10.2003, P. 15/03, no qual se admitiu a substituição do documento de autorização de acesso ao local de extração de inertes, na sequência da alteração superveniente do respetivo proprietário).

Também Mário Esteves de Oliveira/ Rodrigo Esteves de Oliveira, Concursos e outros procedimentos de contratação pública, Coimbra, 2014, 241, defendem uma "relativa e teleológica desconsideração de certas formalidades (formalidades menores, digamos assim) dos procedimentos de contratação pública, sobretudo quando não constem da lei e, em certa medida, também – tão formalista e burocrático poderia revelar-se o cumprimento rigoroso ou sacralizado das próprias prescrições procedimentais na matéria – adeptos da sua ´desliteralização, no sentido de as respetivas normas nem sempre deverem ser lidas ou aplicadas no rigor da respetiva expressão".

Na mesma linha, Miguel Nogueira de Brito, Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concursais, 2011, disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf, 21-22, admite algumas cedências ao princípio da intangibilidade das propostas: a primeira em homenagem ao princípio do aproveitamento dos atos; a segunda cedência em homenagem ao princípio da proporcionalidade, nomeadamente, quando se revele excesso excluir uma proposta com base em falta de certa informação quando esta se revele objetiva ou para admitir alterações a uma proposta que consistam em simples operações de matemática ou raciocínios lógicos; e a terceira cedência verifica-se em relação à regra contida no artigo 249.º do CCiv, nos termos do qual é sempre possível a correção de erros de cálculo ou de escrita, desde que revelados no próprio contexto da proposta.

Num plano diverso – o das formalidades associadas à apresentação dos termos de suprimento de erros e omissões na fase de formação de contratos de empreitada de obras públicas – o Tribunal de Contas tem desenvolvido jurisprudência no sentido de restringir a possibilidade de exclusão de propostas com fundamento no incumprimento de formalidades menores, apelando, nomeadamente, à adopção de uma interpretação que favoreça a concorrência e convocando a regra da prevalência da substância sobre a forma (v. jurisprudência citada em Miguel Ângelo Crespo, "O modo de apresentação dos termos de suprimento de erros e omissões na fase de formação de contratos de empreitada de obras públicas", Publicações Cedipre online 4, http://www.cedipre.fd.uc.pt, Novembro 2010). No mesmo sentido, apreciando a mesma questão, Miguel Ângelo Crespo, ob.cit., 13, defende a aplicabilidade a estes casos da teoria das formalidades não essenciais e do princípio do aproveitamento dos atos, apto a funcionar também em relação aos atos praticados por terceiros, exteriores à Administração.

Estas posições doutrinais e jurisprudenciais (bem como os arestos no mesmo sentido, supra identificados no ponto 4.1.4.) têm como denominador comum um olhar sistémico sobre o regime jurídico de contratação pública, que, através de uma dogmática integrada, não se limita à interpretação das regras legais aplicáveis, mas faz intervir as referências materiais e valorativas contidas nos princípios que lhes subjazem e simultaneamente não desconsidera uma ponderação das consequências da decisão. Afastada uma leitura puramente positivista do regime contido nos artigos 57.º, 72.º e 146.º do CCP, facilmente se concluirá que o sistema, no seu todo, não consente uma interpretação dessas normas no sentido de determinarem a exclusão inexorável das propostas a concurso, ainda que a sanação do motivo da exclusão seja facilmente alcançável e não contenda com a igualdade entre concorrentes, com a comparabilidade e intangibilidade das propostas ou com a imparcialidade do júri e mesmo quando a exclusão se mostre um resultado desproporcionado, por

não salvaguardar qualquer valor materialmente relevante e pelo contrário, acarretar um sério prejuízo, para o concorrente excluído e para o próprio interesse público inerente à manutenção, em concurso, do maior número de candidatos e propostas.

Regressando ao caso em apreço, verificamos que a irregularidade que determinou a exclusão da proposta do agrupamento concorrente resume-se à falta de uma assinatura na declaração a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP, uma vez que a declaração, inicialmente apresentada, estava assinada eletronicamente apenas por uma das sociedades que integram o agrupamento concorrente. Assim sendo, a referida declaração não cumpria o disposto no artigo 57.º/5 do CCP, que exige que aquela declaração seja assinada pelo representante comum dos membros que integram o agrupamento concorrente ou, não existindo representante comum, por todos os seus membros ou respetivos representantes.

Cumpre sublinhar que a falta de assinatura de um dos membros do agrupamento concorrente (ou a falta de junção de instrumento que comprove poderes de representação do assinante para agir em nome de todos os membros do agrupamento) constitui uma irregularidade de natureza formal, na medida em que não afecta a vontade de contratar nem o conteúdo da declaração, mas apenas a forma (escrita e electrónica) associada à exteriorização dessa declaração de vontade. Neste ponto, cumpre sublinhar que não se discorda que a assinatura da declaração a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP é "indispensável à enunciação da vontade de contratar" (na expressão do Acórdão do STA, de 09.04.2014, P. 040/14), o que se problematiza é a solução jurídica de associar, em todo e qualquer caso, a falta de assinatura à exclusão imediata da proposta, sem possibilidade de retificação de tal lapso. Sendo a assinatura daquela declaração indispensável à exteriorização (formal) da vontade de contratar, essa mesma vontade não deixa de estar bem patente no próprio ato de submissão da proposta na plataforma electrónica,

acompanhada de toda a documentação necessária que, como é sabido, é de elaboração trabalhosa e dispendiosa para os concorrentes. Além disso, no caso dos autos, a citada declaração de concorrente exibia a assinatura electrónica de um dos elementos do agrupamento e o logótipo e a identificação de ambas as sociedades, incluindo daquela cuja assinatura foi omitida, tendo sido junta declaração de consórcio que explicitava os termos do mesmo (ainda que também esta assinada apenas pela primeira sociedade). De onde se retira que, independentemente da omissão daquela assinatura, neste procedimento concursal nunca foi questionada, nem a identidade das duas sociedades que integram o agrupamento concorrente ou a sua vontade de concorrerem agrupadas, nos termos acima indicados, nem a vontade firme de contratar por parte de qualquer dos membros do agrupamento.

Neste contexto, entende-se ser admissível o suprimento da falta de assinatura de um dos membros do agrupamento concorrente, na medida em que se trata da sanação de uma irregularidade formal, que, por um lado, deixa intocado o conteúdo da proposta apresentada e, por isso, é insuscetível de interferir com a sua apreciação e comparabilidade com as demais propostas; e, por outro, em nada altera a identidade do agrupamento concorrente e dos membros que o compõem, não afetando a estabilidade subjetiva do procedimento concursal.

Mesmo considerando que a aposição de assinatura na declaração de concorrente por parte de todos os membros do agrupamento (ou por um representante comum) constitui uma formalidade essencial (porque exigida pelo artigo 57.º/5 do CCP, mas, antes disso, porque é através dessa(s) assinatura(s) que se exterioriza a adesão dos declarantes ao objeto da declaração), ainda assim a solução de exclusão da proposta, sem possibilidade de suprimento desta concreta omissão, deve ser afastada por contrariar os princípios da proporcionalidade e do “favor” do procedimento.

Ao assim entender-se, não se ignora que, no caso em apreço, ocorreu uma efetiva falta de assinatura por parte de uma das sociedades integrantes do

agrupamento (ou do seu representante). Não se trata, por isso, da mera falta da procuração comprovativa dos poderes do signatário da declaração a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP, mas antes disso, da falta da própria assinatura (relembre-se que a assinatura electrónica aposta na declaração a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP era da sociedade JFS, SA., e não do seu representante legal, MRFS, este sim procurador da sociedade F..., Lda., que, por isso mesmo, adicionou a sua assinatura manuscrita à segunda declaração apresentada). Assim, a primeira declaração de concorrente apresentada pelo agrupamento não cumpria efetivamente o disposto no citado artigo 57.º/5 do CCP (por falta de assinatura do representante comum ou falta de assinatura de um dos membros do agrupamento), o que constitui um fundamento de exclusão da proposta, expressamente previsto no artigo 146.º/1-e) do CCP (neste ponto o caso em apreço diverge dos decididos, nomeadamente, nos citados do Acórdãos do TCAN, de 22.06.2011, P. 00770/10.8BECBR, e de 11.02.2015, P. 490/14.4BECBR, que apreciaram irregularidades que não se encontram expressamente previstas como fundamentos de exclusão da proposta).

Mas, precisamente, essa é a questão aqui colocada: saber se a infração ao disposto no artigo 57.º/5 do CCP determina imediatamente a exclusão da proposta, de acordo com o previsto naquele artigo 146.º/1-e), ou se, antes disso, deve ser dada a possibilidade do agrupamento concorrente sanar a omissão da assinatura.

*

4.1.6. O que nos conduz ao problema de saber se a sanação de tal irregularidade contende com a tramitação estabelecida para o procedimento de concurso público. Considerando que os procedimentos de contratação pública são procedimentos formais, cuja tramitação está tipificada na lei, estando as entidades adjudicantes obrigadas a seguir o modelo de procedimento (sem prejuízo de alguma margem de discricionariedade procedimental – cfr. artigo

132.º/4 do CCP), deve questionar-se se é possível admitir a sanação de uma irregularidade formal num procedimento de concurso público, quando o Código dos Contratos Públicos tomou a opção, não isenta de críticas, de não separar a análise (formal) das propostas da respetiva avaliação e não contemplar qualquer fase especificamente direcionada ao saneamento do procedimento.

Pelas razões mais extensamente desenvolvidas no Acórdão do TCAN, de 11.02.2015, P. 490/14.4BECBR, nesta parte inteiramente aplicáveis, afastamos o entendimento de que o novo figurino do procedimento (e, nomeadamente, a eliminação do tradicional "ato público" e da possibilidade de "admissão condicional" da proposta) represente uma proibição legal de suprir toda e qualquer irregularidade das candidaturas ou propostas ou de admitir que, por muito irrelevante ou menor que seja tal irregularidade formal, a mesma sempre terá de conduzir à exclusão do concorrente. Sendo claríssimo que os procedimentos de contratação pública se guiam por um princípio de formalismo, com as inerentes razões de certeza e segurança, não pode deixar de se atender que, a par da rigidez formal, o ordenamento jurídico oferece "válvulas de escape" destinadas a mitigar ou a situar no plano teleologicamente adequado os vícios meramente formais (ou procedimentais), que não devam determinar inexoravelmente a exclusão da proposta. O que não pode deixar de significar que o modelo de procedimento pré-definido, bem como a rigidez do regime de esclarecimentos contemplado no artigo 72.º do CCP, não pode constituir obstáculo à concretização dos princípios fundamentais em que assenta o regime de contratação pública, não podendo, nomeadamente, conduzir a uma solução manifestamente desproporcionada, em que se traduziria a exclusão de uma proposta que apresenta uma irregularidade formal, facilmente sanável, sem interferência no equilíbrio dos valores em jogo, apenas com fundamento na circunstância de o legislador não ter previsto uma fase especificamente direcionada ao saneamento do procedimento.

No caso vertente, o júri do concurso solicitou, ao abrigo do artigo 72.º do CCP,

que o agrupamento concorrente juntasse, via plataforma electrónica, a "Declaração anexo I devidamente assinada pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à declaração os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos membros ou não existindo representante comum deve ser assinada por todos os membros ou respectivos representantes, conforme estipulado no n° 5 artigo 57º do CCP."

Contrariamente ao entendido no acórdão recorrido, consideramos que tal pedido de esclarecimentos era admissível ao abrigo do regime do artigo 72.º do CCP, por não se incluir em nenhum dos casos em que são proibidos esclarecimentos, a saber: (i) esclarecimentos que contrariem os elementos constantes dos documentos que constituem as respetivas propostas; (ii) que alteram ou completam os atributos das respetivas propostas; e (iii) que se destinem a suprir omissões que determinam a exclusão da proposta nos termos do artigo 70.º/2-a), ou seja, omissões quanto aos atributos das propostas.

Não apenas a situação dos autos não se enquadra literalmente em nenhuma destas previsões, como, mais importante, não lhe é aplicável a razão subjacente a tal regime, que se prende com a necessidade de preservar a igualdade entre concorrentes, a intangibilidade das propostas e seus atributos e a imparcialidade do júri. O pedido de esclarecimentos sub judicio destina-se a permitir a sanação de uma irregularidade por falta de assinatura de uma das sociedades que integram o agrupamento concorrente, tendo sido feito de forma objectiva e transparente, e cujo resultado, como referido, não tem qualquer interferência nos juízos ou valorações de mérito sobre as propostas, nem altera o conteúdo da proposta objeto de esclarecimentos.

Neste mesmo sentido, veja-se o citado Acórdão do TCAN, de 22.10.2010, P. 00323/10.0BECBR, onde, perante a falta de assinatura da declaração de concorrente por um dos dois gerentes que obrigavam a sociedade concorrente, se interpretou conjugadamente os artigos 67.º/1, 70.º, 72.º, 146.º e 148.º do CCP e 56.º do CPA, concluindo-se que não resultava impedimento a que "face à

constatação, ou à dúvida, sobre a necessidade da assinatura dos dois gerentes da sociedade, o júri, aquando do relatório preliminar ou até do relatório final, tivesse pedido esclarecimento à concorrente, ou até a convidasse a juntar declaração assinada pelos dois gerentes sob pena de ver excluída a proposta" (em sentido idêntico, embora à luz do regime legal anterior ao Código dos Contratos Públicos, veja-se o Acórdão do TCAN, de 14.06.2007, P. 01657/05.1BEPRT).

Também no caso vertente deve admitir-se que o júri peça esclarecimentos destinados a suprir a falta de uma assinatura na declaração a que se refere o artigo 57.º/1-a) do CCP.

*

4.1.7. Em resposta ao pedido de esclarecimentos, o agrupamento juntou procuração que comprova que a sociedade F..., Lda., em data anterior à do presente concurso, conferiu ao representante legal da JFS, SA, o referido MRFS, todos os poderes necessários para subscrever, assinar e apresentar propostas no âmbito de qualquer concurso público e, concretamente, para subscrever, assinar e apresentar todos os documentos que as integram, incluindo a declaração de aceitação prevista no artigo 57.º/1-a) do CCP; e, na mesma data, juntou nova declaração de concorrente, emitida e assinada (manuscritamente) pelo referido MRFS, enquanto representante de ambas as sociedades, e assinada electronicamente pela sociedade JFS, SA. Ou seja, materialmente, não restam dúvidas de que a proposta apresentada o foi em nome de um agrupamento composto por aquelas duas sociedades e embora a declaração de concorrente tenha sido electronicamente assinada apenas pela primeira, a verdade é que o representante legal dessa sociedade, MRFS, já tinha, à data, poderes para representar no concurso a sociedade F..., Lda, que lhe haviam sido conferidos através da aludida procuração.

Em sede de resposta ao pedido de esclarecimentos formulado pelo júri e em

retificação da deficiência encontrada (falta de assinatura), o agrupamento concorrente juntou nova declaração de concorrente, onde MRFS invocou expressamente a qualidade de representante da sociedade F..., Lda, assinando manuscritamente a declaração nessa qualidade. Note-se que, embora o referido MRFS se tenha intitulado "representante legal" de ambas as sociedades, é evidente que se trata de um lapso material, que não inquina a validade dos seus poderes de representação, documentados nos autos, quer como "representante legal" da JFS, SA, quer como "representante" (voluntário) da F..., Lda. Acresce que a assinatura manuscrita é aqui válida, pois como foi salientado no Acórdão do STA, de 09.04.2014, P. 040/14, é admissível a assinatura autógrafa da proposta, desde que depois os documentos sejam digitalmente assinados por pessoa com poderes para submeter eletronicamente a proposta na plataforma electrónica (o que aqui aconteceu).

Pelo que, sendo de admitir o pedido de esclarecimentos formulado pelo júri, deve também, face aos documentos juntos pelo concorrente na resposta a tal pedido, considerar-se suprida a falta de assinatura e cumprido o disposto no artigo 57.º/5 do CCP, não podendo a proposta do agrupamento ser excluída com esse fundamento.

*

4.1.8. Finalmente, mas não menos importante, afigura-se que a interpretação das regras do Código dos Contratos Públicos, acima enunciada, é a única consentânea com os princípios da contratação pública, que apontam no sentido de no caso concreto dever ser afastada uma solução drástica de exclusão da proposta, porque conflituante com os valores e interesses que lhes estão subjacentes. Quer com isto dizer-se que os princípios em que assenta o regime de contratação pública apontam para a necessidade de interpretar o disposto nos artigos 57.º, 72.º e 146.º do CCP no sentido de admitirem "válvulas de escape", que permitam evitar a exclusão de uma proposta cuja valia não vem

questionada e a exclusão de um concorrente cuja vontade firme de contratar não é posta em causa, apenas como decorrência da omissão da assinatura de um dos membros do agrupamento concorrente, quando é certo que tal omissão foi suprida em sede de resposta ao pedido de esclarecimentos do júri.

Como se escreveu no Acórdão do Acórdão do TCAN, de 11.02.2015, P. 490/14.4BECBR, a exigência de tais "válvulas de escape" decorre desde logo do princípio da proporcionalidade, que constitui um princípio geral (e constitucional) da atividade administrativa (artigos 266.º/2 da CRP e 5.º do CPA/2015) e é também um vetor fundamental da contratação pública, com diversas projeções, entre as quais, no que aqui diretamente interessa, como exigência de avaliação e ponderação, por parte da entidade adjudicante ou do júri, da adequação e proporcionalidade dos meios utilizados em relação aos fins prosseguidos, nomeadamente quando esteja em causa a valorização de irregularidades das propostas (v. neste sentido Mário Esteves de Oliveira/ Rodrigo Esteves de Oliveira, Concursos..., cit., 228). Este critério de proporcionalidade impede que o regime possa ser interpretado como determinando um automatismo legal na exclusão das propostas, sem qualquer possibilidade de mediação do júri no caso concreto, quando estamos perante situações limite, como o caso presente, em que a sanação da irregularidade detetada não compromete os interesses em jogo e a exclusão da proposta se mostra desproporcionada, desnecessária e desadequada. Note-se que tal não significa conferir ao júri uma discricionariedade que o legislador não lhe atribui, para determinar os casos em que podem, ou não, ser excluídas propostas. Apenas significa que o regime de exclusão das propostas não pode ser interpretado como um regime automático, sem qualquer ponderação do caso concreto, e antes deve ser entendido como não podendo abranger os casos de fronteira – que apenas podem ser apurados em concreto – em que a exclusão da proposta não salvaguarda os valores que subjazem a tal regime e, pelo contrário, mostra-se contrária aos princípios da contratação pública.

Defendendo entendimento próximo, veja-se Vera Eiró, “Quem não sabe...”, cit., 41/42, que defende a possibilidade de sanar a falta de assinatura de um dos membros do agrupamento, por aplicação do artigo 249.º do CCiv, conjugado com o princípio da proporcionalidade, bem como a admissibilidade de o concorrente sanar a falta de assinatura digital, salientando que neste âmbito – o da irregularidade da assinatura – “assume particular relevância o princípio da prossecução do interesse público e do favor do procedimento – associado à necessidade de garantir o maior número de proposta a concurso – e o princípio da proporcionalidade”.

Na mesma linha aponta o princípio do “favor” do procedimento, enquanto posição hermenêutica e prática de princípio no sentido da manutenção do procedimento, dos concorrentes e das propostas (v. Rodrigo Esteves de Oliveira, Os princípios..., 113), que, no caso em apreço, não pode deixar de significar um entendimento pro concorrente, por se mostrar materialmente injustificada e desproporcionada a exclusão da sua proposta, a qual se mostra afetada por vício formal, facilmente sanável, sem que tal afete os valores fundamentais da concorrência, da transparência, da imparcialidade e da igualdade no procedimento de contratação pública.

Procede, assim, o recurso nesta parte, o que, porém, não é suficiente para contrariar o sentido da decisão recorrida, uma vez que esta assentou num outro fundamento de exclusão da proposta, a seguir analisado.

***

4.2. Falta de indicação dos preços parciais dos trabalhos da empreitada (artigo 60.º/4/5 CCP)

Cumpre agora conhecer da segunda questão colocada no recurso, que consiste em saber se a falta de apresentação dos preços parciais dos trabalhos da empreitada, exigida no artigo 60.º/4/5 do CCP, constitui motivo de exclusão da proposta.

A Recorrente insurge-se contra o acórdão recorrido também na parte em que decidiu que a proposta do referido agrupamento devia ser excluída em virtude de a declaração de subcategorias ter sido inicialmente apresentada sem que tivessem sido indicados os preços parciais dos trabalhos que cada um dos membros do agrupamento se propunha executar. No entender da Recorrente a omissão da junção da declaração de preços parciais, face à indicação da proposta de preço no formulário principal, não deve determinar a exclusão da proposta, à luz, nomeadamente, do princípio da prevalência da substância sobre a forma.

Adiante-se desde já que, neste ponto, entendemos não assistir razão à Recorrente, por razões idênticas às avançadas pela primitiva Relatora, que subscrevemos.

A este respeito lê-se o seguinte no acórdão recorrido, "estamos perante uma empreitada de obra pública e em relação a estes procedimentos, as propostas, para além de virem obrigatoriamente acompanhadas ou conterem as declarações ou elementos referidos no n.º 1 do art. 57.º do CCP, devem ainda conter, caso conste do caderno de encargos o respetivo projeto de execução, uma lista de preços unitários de todos os trabalhos nele previstos e um plano de trabalhos nos termos do artigo 361.º (cfr. n.º 2 do art.º 57.º). E de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 60.º do CCP: No caso de se tratar de procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, o concorrente deve indicar na proposta os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás ou nos títulos de registo ou nas declarações emitidas pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., nos termos do disposto na alínea a) do n.º 5 do artigo 81.º, para efeitos da verificação da conformidade desses preços com a classe daquelas habilitações. A obrigação de apresentação da declaração de preços parciais, por força do n.º 5 do mesmo preceito é aplicável aos agrupamentos concorrentes, devendo estes, para o efeito, indicar na proposta

os preços parciais dos trabalhos que cada um dos seus membros se propõe executar".

Ora, a razão de ser da exigência de fazer constar da proposta os preços parciais dos trabalhos que o concorrente se propõe executar numa empreitada de obras públicas, consta expressamente do citado artigo 60.º/4 e prende-se com a necessidade de verificação da conformidade desses preços com a classe das habilitações contidas, designadamente, nos alvarás de construção. Por isso mesmo, quando o concorrente é um agrupamento, torna-se necessário indicar, na proposta, os preços parciais dos trabalhos que cada um dos membros se propõe executar, pois é cada um dos membros, e não o agrupamento, o titular dessas habilitações (artigo 60.º/5). Na verdade, para se aferir da adequação da classe dos alvarás é necessário conhecer o valor dos trabalhos especializados de construção, o que implica a indicação dos respetivos preços parciais. O cálculo destes preços é mais difícil no caso de contratos que incluam prestações de vária natureza e vários prestadores. Assim, nestes contratos torna-se fundamental a indicação prevista no artigo 60.º/4/5, para que a avaliação da adequação dos alvarás se possa fazer.

Como resulta dos factos provados, a proposta do agrupamento concorrente, composto pelas sociedades JFS, SA, e F..., Lda., não cumpriu esta exigência, omitindo a indicação dos preços parciais dos trabalhos e limitando-se a juntar um documento designado "Preço Total", onde as proponentes indicaram as autorizações emergentes dos alvarás de construção de que cada uma das sociedades é titular e a percentagem global dos trabalhos a realizar por cada uma. Em sede do pedido de esclarecimentos, acima referido a propósito da questão anterior, o júri solicitou ao agrupamento concorrente que fizesse "menção na proposta dos preços parciais dos trabalhos que cada um dos elementos do agrupamento se propõe executar, de acordo com o estipulado nos n.ºs 4 e 5 do artigo 60.º do CCP" e, em resposta, o agrupamento juntou um documento intitulado "Declaração de titularidade do alvará de construção",

contendo um quadro com a lista dos preços parciais dos trabalhos a efetuar em cada uma das subcategorias, o respetivo valor, e a distribuição desses trabalhos (e correspondente valor) pelos membros do agrupamento.

Nos termos do disposto no artigo 146.º/2-d), em conjugação com o artigo 57.º/1 e 60.º/4/5, todos do CCP, a falta de indicação dos preços parciais dos trabalhos que cada um dos seus membros do agrupamento se propõe executar constitui fundamento de exclusão da proposta do agrupamento, apresentada em concurso para a formação de contrato de empreitada.

Contrariamente à primeira situação aqui analisada, esta deficiência da proposta (omissão dos preços parciais dos trabalhos que cada um dos membros do agrupamento se propõe executar) não pode ser sanada, nem é suscetível de ser objeto de um pedido de esclarecimentos por parte do júri, como no caso foi, uma vez que essa possibilidade contende diretamente com os princípios da intangibilidade da proposta e da igualdade entre concorrentes. Note-se que a indicação dos preços parciais não constitui uma simples operação aritmética, nem o suprimento de qualquer elemento formal ou objetivo que já fosse certo à data da apresentação da proposta. Pelo contrário, como bem ilustra o caso em apreço, essa indicação é inovadora, na medida em que através dela se dá a conhecer a distribuição dos trabalhos – e respetivo valor por subcategorias – entre os elementos do agrupamento, assim se permitindo controlar a conformidade desses preços com a classe das habilitações respetivas. Ora, estes dados (novos), quando omitidos da proposta inicial, impedem a comparabilidade desta com as demais propostas, nomeadamente, no que respeita ao ajustamento entre os preços apresentados e as habilitações detidas por cada membro do agrupamento e, quando adicionados em sede de resposta ao pedido de esclarecimentos, introduzem uma alteração na proposta que contende com a sua imutabilidade.

Diversamente do invocado pela Recorrente, o presente caso é distinto do decidido no Acórdão do TCAN de 25.01.2013, P. 01312/11.3BEBRG, onde estava

apenas em questão a falta a indicação do preço no local próprio da proposta, encontrando-se o mesmo vertido no formulário principal, daí não decorrendo, consequentemente, a impossibilidade de comparabilidade das propostas. Caso efetivamente idêntico ao presente foi decidido no Acórdão TCAN, de 27.10.2011, P. 00315/11.2BEAVR, onde se concluiu no mesmo sentido do acima referido, ou seja, de que "[V]iola o disposto no n.º 4 do artigo 60º do Código de Contratos Públicos, e como tal deve ser rejeitada, nos termos da alínea d) do nº 2 do artigo 146º, do mesmo diploma, a proposta, apresentada num concurso para empreitada de obra pública, que não veio acompanhada de qualquer declaração contendo os ´preços parciais dos trabalhos a executar, documento este exigido também pelo programa do concurso."

*

Pelo que improcede o recurso nesta parte, o que, só por si, determina a exclusão da proposta do agrupamento concorrente e a consequente manutenção do sentido da decisão do acórdão recorrido, ainda que apenas com fundamento na falta de indicação dos preços parciais dos trabalhos da empreitada que cada um dos membros do agrupamento se propunha executar.

***

5. Decisão

Nestes termos, acordam em negar provimento ao recurso e, embora com diferente fundamentação, manter o acórdão recorrido.

Custas pela Recorrente.

Porto, 20.02.2015

Esperança Mealha

Rogério Martins

Helena Ribeiro - com o seguinte voto vencido:

Na situação sobre que versa o presente acórdão, é incontroverso que a

declaração a que se reporta a alínea a), do n.º1 do artigo 57.º do CCP não foi assinada por parte de uma das sociedades integrantes do agrupamento concorrente, a saber, a sociedade Ferlindo, Lda.
A assinatura eletrónica aposta na declaração a que se refere o citado artigo 57.º, n.º1, al. a) do CCP era da sociedade João Fernandes da Silva, SA..
Deste modo, é inquestionável que aquando da apresentação da proposta na plataforma eletrónica, aquela declaração violava o artigo 57.º, n.º5 do CCP, o que constitui fundamento de exclusão da proposta, expressamente previsto no artigo 146.º, n.º2, alínea e) do CCP.

A posição que fez vencimento neste acórdão entende que a falta de assinatura na declaração a que se refere o artigo 57.º, n.º1, alínea a) do CCP, por parte de uma das empresas que integra o agrupamento concorrente, como sucedeu no caso, não constitui fundamento imperativo de exclusão da proposta, mas apenas uma irregularidade suscetível de fundar um pedido de esclarecimentos do júri com vista à sua sanação.

Discordo do assim entendido, porque se me afigura que o legislador do CCP, de acordo com o disposto no n.º5 do art.º 57.º do CCP, considera a assinatura da referida declaração por ambos os membros do consórcio uma formalidade essencial, cuja preterição sanciona com a imediata exclusão da proposta nos termos previstos no artigo 146.º, n.º2, alínea e) do CCP.

De **iure condito** não creio que a posição que fez vencimento seja compatível com a solução normativa prevista no Código da Contratação Pública, que a meu ver não deixa espaço hermêutico ao aplicador para a “admissão condicional” de propostas que não cumpram os requisitos formais nele estabelecidos.
A interpretação seguida pela posição que fez vencimento contraria o limite inultrapassável imposto pela letra dos artigos 57.º, n.º5 e 146.º, n.º2, alínea e)

do CCP [art.º 9.º, n.º2 do Código Civil].

Como salienta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, in "Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares", Almedina, 2014, pág.207 se é certo que " Em princípio, a lei não se pronuncia sobre o momento em que os trâmites procedimentais legalmente exigidos devem ter lugar (...) Salvaguardam-se, naturalmente, os casos em que as normas estabeleçam um momento fixo para a prática de determinado ato ou para a realização de determinada diligência, ou mesmo uma sequência cronológica para os diferentes trâmites do procedimento, como sucede em certos procedimentos rígidos, que são objeto de disciplina legal típica".

É o caso, quanto a nós, do procedimento previsto no CCP e aqui em discussão, do qual resulta, a meu ver, a imperatividade da exclusão das propostas se verificada algumas das circunstâncias previstas no artigo 146.º, n.º2 do CCP que determinem essa consequência, como é o caso da circunstância prevista na alínea e) do mesmo, situação em que ao júri do concurso não é consentido que convide os concorrentes a corrigirem as deficiências verificadas nas suas propostas, ou que aceite correções apresentadas ex voluntate pelos concorrentes, não lhe sendo, por conseguinte, permitida a admissão condicional das propostas que violem as referidas exigências formais, diferentemente do que sucedia no âmbito do anterior regime legal da contratação pública.

De facto, não pode o aplicador deixar de valorar e atribuir o devido relevo à circunstância de, diferentemente do que resultava do disposto no artigo 92.º, n.º3 do D.L. n.º 59/99 e no artigo 101.º, n.º 4 do D.L n.º 197/99, em que se permitia a admissão condicional de propostas quando se verificassem certas irregularidades formais ou documentais da proposta, o CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, não referir essa possibilidade quanto a ilegalidades da proposta de natureza formal.

A este respeito, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in "Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública",

pág.958/959 escrevem que: “ Questiona-se pois se essa omissão da lei constitui ou não um obstáculo a que o júri, em certos casos ou circunstâncias, em vez de propor a exclusão liminar de propostas ilegais, consinta aos respectivos concorrentes, em prazo necessariamente apertado, que supram ou corrijam a falta ou deficiência verificadas, admitindo condicionalmente, no ínterim, a respectiva proposta”. E prosseguem os referidos autores, afirmando que “ Dada a inexistência actual de previsão legal, convém mesmo, na verdade, se quiser fazer-se passar a figura, começar por centrar a discussão em casos formais contados sobre cuja razoabilidade lógica não se suscitem dúvidas, como sucede com as omissões ou deficiências ligeiras e claramente desculpáveis ou em relação às quais existam, na própria proposta, elementos demonstrativos de se tratar de um mero lapso ou esquecimento”. Como exemplo, apontam o “ caso de faltar a assinatura, por parte de um membro de um agrupamento concorrente, da declaração a que se refere o art. 57.º/5, não obstante existirem na proposta outros documentos por si assinados revelando a vontade de concorrer”. E afirmam que “quando, se quisesse admitir tal incidente, o legislador não poderia deixar de o prever ao regular a matéria da exclusão de propostas, até porque hoje em dia, tendo desaparecido a fase do acto público, as ilegalidades que poderiam dar lugar a uma decisão de admissão condicional só são detectadas na fase de análise das mesmas pelo júri e só depois disso, portanto, poderia abrir-se tal incidente.

Ao que acresce o facto de, posteriormente, nem o Decreto-Lei n.º 143-A/2008, nem a Portaria n.º 701-G/2008, sobre o procedimento electrónico de contratação pública, conterem uma qualquer referência ou espaço para a introdução da figura.

…a recusa do legislador em seguir a tradição expressa do nosso Direito em matéria de admissão condicional de propostas tem, a favor da sua concludência, a vantagem de assim se pôr termo às dúvidas que a delimitação dos casos concretos da sua permissão suscitava, com reflexos negativos na

sequência estabilizada dos procedimentos pré-contratuais públicos".

Embora os referidos autores admitam ser «um prejuízo grave para o interesse da entidade adjudicante e dos concorrentes em geral ter que se excluir propostas por falhas formais menores, rápida e facilmente sanáveis», e se justifique, «por isso a ponderação da admissibilidade ou legitimidade da figura da admissão condicional», concluem que uma tal possibilidade, a admitir-se, apenas poderá existir «desde que prevista no programa do procedimento e cingida a casos expressamente regulados e que não ponham em questão, de maneira sensível, os valores da concorrência e da igualdade» (sublinhado meu).

A possibilidade de serem admitidas condicionalmente propostas apresentadas nos termos em que foi apresentada a proposta em análise, não estava prevista no programa do procedimento.

A propósito da admissão condicional de propostas e citando novamente MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in ob. cit., pág. 286, os mesmos afirmam tratar-se de uma « figura admitida no direito anterior ao Código, mas sobre a qual este não disse uma palavra, não deixou um vestígio». E sustentam que « se estivermos aí perante uma atitude de pura indiferença legislativa, podia a entidade adjudicante, ao abrigo do citado art.132.º/4,no exercício dos seus poderes de auto-regulação, incluir no programa do procedimento uma disposição a admitir e a regular a admissão condicional; caso contrário, se tal silêncio ou omissão corresponder a um corte com o direito anterior, à intenção de fazer valer em todo o seu rigor o programa normativo de conformidade e completude das candidaturas e propostas tal inclusão traduzir-se-ia numa ilegalidade».Por fim, concluem tratar-se « de uma questão há-de ser resolvida em função da interpretação que ser der ao silêncio do legislador, sobre representarem as omissões do Código questões que ele entendeu não terem dignidade ou relevo jurídico legislativo ou, antes, verdadeiras regulamentações negativas da respectiva matéria».

No que nos respeita, cremos que o legislador do CCP, ao não prever a

possibilidade da admissão condicional de propostas, anteriormente consentida na legislação revogada pelo CCP, quis negar essa possibilidade, estabelecendo uma verdadeira "regulamentação negativa" dessa matéria.

O legislador estava bem ciente das inúmeras questões que ao abrigo desse anterior regime foram sendo colocadas, "com reflexos negativos na sequência estabilizada dos procedimentos pré-contratuais públicos" daí decorrentes.

Daí que, a não previsão da possibilidade de admissão condicional de propostas com irregularidades formais signifique, a meu ver, uma opção deliberada do legislador do CCP no sentido da sua inadmissibilidade, pelo que qualquer interpretação em sentido contrário traduz uma violação dos princípios da segurança jurídica e, quiçá, da separação de poderes entre o poder legislativo e o poder jurisdicional.

Isto dito, relembre-se que o artigo 57.º, nº1, alínea a) do CCP preceitua que a " declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo I ao presente código, do qual faz parte integrante" é um elemento integrante da proposta, dela fazendo parte. Trata-se da declaração pela qual o concorrente manifesta a aceitação do conteúdo do caderno de encargos, e com a qual o legislador pretendeu assegurar, de forma clara e inequívoca, que o concorrente, ao subscrevê-la, se vinculou expressamente a observar as condições que a entidade pública estabelece no caderno de encargos.

Por seu turno, o n.º 5 do art.º 57.º, do CCP estabelece que " quando a proposta seja apresentada por um agrupamento concorrente, a declaração referida na alínea a) do n.º1 deve ser assinada pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à declaração os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros ou, não existindo representante comum, deve ser assinada por todos os seus membros ou respectivos representantes".

A violação do disposto no n.º5 do citado art.º 57.º é cominada com a exclusão

da respetiva proposta, conforme consignado no artigo 146º, nº 2, al. e) do CCP, onde se estabelece que o júri deve propor no relatório preliminar a exclusão das propostas "Que não cumpram o disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 57.º ou nos n.ºs 1 e 2 do artigo 58.º".

Ora, não tendo a declaração a que se reporta a alínea a) do nº1 do artigo 57.º do CCP, sido assinada nos termos previstos no n.º5 do mesmo preceito, o artigo 146.º, n.º2, alínea e) do CCP é claro em determinar a imediata exclusão da proposta, sem que a correção de tal deficiência seja suprível pelo mecanismo dos esclarecimentos do art.º 72.º do CCP.

Sendo assim, o júri do concurso, de acordo com o disposto na alínea e) do n.º2 do artigo 146.º do CCP estava legalmente constrangido a propor, fundamentadamente, a exclusão da referida proposta.

No sentido de que a declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos em conformidade com o modelo constante do anexo I ao CCP, enquanto documento integrante das peças da candidatura/proposta apresentada no procedimento concursal, deve ser assinada pelo concorrente/ representante do agrupamento que tenha poderes para o obrigar (cfr. artigo 57.º, n.º1, al.a) e n.ºs 4 e 5 do CCP), sendo causa de exclusão da proposta a sua ausência, aponta-se a jurisprudência constante dos Acórdãos deste Tribunal Central Administrativo Norte, de 16/09/2011, proc.º n.º 00102/11.8BEPRT e de 25/11/2011, proc.º n.º 02389/10.4BELSB e, bem assim o Ac. do STA de 08/03/2012, proc.º n.º 01056/11, todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.

Note-se que também MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA in "Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública", Almedina, 2011, pág. 945, afirmam que " A violação das exigências dos n.ºs 4 e 5 do art.º 57.º, quanto à assinatura da declaração do modelo anexo I do Código

por concorrentes isolados ou agrupados, e dos n.ºs 1 e 2 do art. 58, quanto ao idioma ou idiomas dos documentos da proposta…dá lugar à exclusão das propostas como o determina a alínea e) do art.146.º/2". E a págs. 954/955, esclarecem que " A larguíssima maioria das causas de exclusão de propostas previstas na lei, uma vez fixado…o sentido com que devem valer verificada a existência dos respectivos pressupostos, são de aplicação vinculada e obrigatória pelo júri e pela entidade adjudicante…As expressões usadas são portanto claras quanto ao dever em que os órgãos do procedimento estão constituídos de, detectada numa proposta a existência de uma qualquer falta ou deficiência subsumível numa das referidas normas, propor (o júri) e decretar (o órgão adjudicante) a exclusão da respectiva proposta.

A vinculação dos órgãos competentes nesta matéria não comporta portanto excepções legais no que respeita ao dever de exclusão das propostas, uma vez que se tenham como existentes os respectivos pressupostos legais".

Deste modo, confirmaria o acórdão recorrido.

Fonte: http://www.dgsi.pt