

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE | ADMINISTRATIVO**Acórdão**

Processo	Data do documento	Relator
00102/11.8BEPRT	16 de setembro de 2011	Ana Paula Soares Leite Martins Portela

DESCRITORES

Contratação pública > Plataforma electrónica > Assinatura > Proposta consórcio > Mandato

SUMÁRIO

1 - Nos termos do número 3 do artigo 27.º da portaria 701-G/2008, se o certificado digital não conseguir determinar a função e poder de assinatura do assinante, é necessário que cada vez que utilize um certificado nessas condições se anexe igualmente um documento electrónico oficial, emitido por entidade oficial ou pelos representantes legais da entidade que está a representar, reconhecendo poderes de representação para assinar documentos em nome da entidade.

2 - Estando em causa a falta de um documento de mandato, não podemos falar de uma irregularidade suprível mediante simples convite à regularização.+

* Sumário elaborado pelo Relator

TEXTO INTEGRAL

A..., Lda e Outras, identificadas nos autos, vêm interpor recurso jurisdicional

da decisão proferida pelo **TAF DO PORTO** em **22/06/2011**, que julgou improcedente o processo de contencioso pré-contratual pelas mesmas interposto contra a **ADRA - ÁGUAS DA REGIÃO DE AVEIRO, S.A.**

Para tanto alegam em conclusão:

- a) Antes do mais, importa sublinhar que o membro do agrupamento responsável pela submissão das propostas das ora Recorrentes para cada um dos lotes concursados dispunha de certificado de assinatura electrónica qualificada que o relacionava com a sua função e poder de assinatura.
- b) A interpretação que o Tribunal a quo, na esteira do entendimento sufragado pela Recorrida, faz do disposto, em termos articulados, dos artigos 62.º e 146.º, n.º 2, alínea I), do CCP e, bem assim, do disposto no artigo 27.º, n.º 3, da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, corresponde a uma completa subversão da racionalidade e da teleologia imanente aos referidos preceitos normativos, que acaba por redundar numa desadequada e inadmissível subsunção ao caso sub judice.
- c) Com efeito, está aqui em causa tão só a questão de apurar se os actos de exclusão das propostas das Autoras - fundamentados nos artigos 62.º do CCP e 27.º, n.º 3 da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho -, foram ilegais ou não.
- d) Ora, a G... agiu como efectiva representante do Agrupamento, com poderes para o acto, vinculando (e relacionando) as demais agrupadas à sua função e poder de assinatura, unicamente no acto de submissão das propostas.
- e) Pelo que dúvidas não restam que as Recorrentes se vincularam todas às propostas apresentadas para cada um dos lotes concursados.
- f) Na verdade, a lei apenas previu que existisse um representante comum para assinar a declaração da vontade de concorrer, bem como para praticar, seguidamente, em nome do agrupamento, todos os actos e receber todas as comunicações relativas à sua posição no procedimento.
- g) Não houve por isso qualquer incumprimento de formalidades do modo de apresentação das propostas, dado que os documentos constitutivos das

mesmas - em especial as correspondentes declarações de aceitação do conteúdo do caderno de encargos para cada um dos lotes concursados - se encontram subscritos mediante a aposição de assinaturas manuscritas digitalizadas, e a respectiva submissão electrónica foi efectuada pelo representante do agrupamento - a G... - no âmbito dos poderes que lhe foram conferidos pelo acordo-promessa de constituição do consórcio.

h) No caso em apreço, o instrumento de mandato a conferir poderes de representação (especificamente outorgando poderes à G... para a submissão das propostas através da plataforma electrónica) traduzir-se-ia numa duplicação do mandato conferido à G... no âmbito da assinatura do acordo-promessa de constituição de consórcio.

i) Ao invés do sustentado pelo Tribunal a quo, em consonância com o entendimento da Recorrida, esse acordo-promessa apenas assume a dimensão de uma verdadeira promessa pelo que respeita à obrigação de constituição futura, em caso de adjudicação, de um consórcio, mas não já pelo que se refere à outorga de poderes de representação à G... no contexto do procedimento concursal em que se assume como um verdadeiro e efectivo instrumento de mandato (e não simplesmente, como o pretende a Autora, como uma promessa de mandato).

j) Contudo, a verdade é que o referido instrumento de mandato não constitui uma formalidade exigida em qualquer comando legal ou concursal. O que a lei exige é, apenas, para efeitos de assinatura da declaração a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP, que se traduz na concordância dos concorrentes com as cláusulas do caderno de encargos, que seja junto um instrumento de mandato, caso essa declaração não seja assinada por todos os membros do agrupamento.

k) Conforme resulta do que antecede, no caso das Recorrentes, houve o cuidado de proceder à assinatura dessa mesma declaração por parte de todos os membros do agrupamento, o que por si só dispensava a junção de qualquer

tipo de instrumento de mandato.

l) Ao invés, quanto à submissão da proposta, o que a lei exige é a junção de um documento electrónico oficial (que, de momento, nem sequer se encontra disponível) indicando o poder de representação e assinatura do assinante, não prevendo em lado algum que esse documento possa ser substituído ou suprido por um instrumento de mandato (e isso não obstante as recomendações nesse sentido por parte das entidades gestoras das plataformas electrónicas).

m) Em face das dúvidas suscitadas a este propósito, afigura-se como um dever estrito das entidades responsáveis pela instrução do procedimento que procedessem à formulação dos esclarecimentos indispensáveis à supressão de eventuais “falhas” dos concorrentes, motivadas por deficiências na completa concretização da lei, não se podendo, em alternativa, admitir, em hipótese alguma, que tal possa constituir motivo de exclusão de uma proposta.

n) Na verdade, não faz qualquer sentido que possa constituir motivo de exclusão de uma proposta uma exigência puramente formal que, para lá de não constituir um requisito de validade material intrínseca das propostas, não se encontra sequer prevista em qualquer instrumento normativo.

o) Acresce, além disso, que o essencial para definir os termos em que os concorrentes manifestam à Entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõem a fazê-lo é justamente a declaração formal de adesão ao conteúdo das cláusulas do caderno de encargos e, relativamente a essa matéria, é notório que tal declaração foi assinada por todos os membros do agrupamento (ainda que sob a forma de declaração manuscrita e digitalizada).

p) Aliás, é também óbvio que o que separa a proposta das Recorrentes das propostas apresentadas pelos Concorrentes n.ºs 4 e 9 é, justamente, a falta de junção de uma declaração - incluída no contexto da aceitação do conteúdo do caderno de encargos - a conferir poderes a um dos membros do agrupamento para agir em sua representação, também ela assinada, sob a forma de

declaração manuscrita e digitalizada (e, portanto, com o mesmo valor jurídico-probatório da assinatura da declaração de aceitação do teor do caderno de encargos).

q) Ora, a inobservância de uma exigência formal contemplada na lei ou no programa de procedimento, enquanto mecanismo de substituição do documento electrónico oficial, não pode, em caso algum, transmudar-se num requisito de tratamento diferenciado por relação aos demais concorrentes que não respeitaram esta imposição formal.

r) O certo é que, ainda que se admitisse que tal documento comprovativo, a conferir poderes de representação, deveria ter sido junto aquando da submissão das propostas na plataforma electrónica, então sempre se diria, à cautela, que tal exigência não passaria de uma formalidade não essencial.

s) Com efeito, a Recorrida encontrava-se em condições de se certificar da seriedade e da firmeza da vontade de vinculação dos membros do agrupamento à proposta apresentada, o que lhe era proporcionado não só pela circunstância de ter havido uma fase de candidatura em que nenhuma questão se tinha suscitado quanto à vontade de vinculação dos demais membros do agrupamento à proposta submetida pelo seu representante designado, como também pelo facto de todos terem assinado a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos.

t) Mas se dúvidas tivesse, a Recorrida ainda poderia (na hipótese, deveria) recorrer ao expediente de solicitar os esclarecimentos que tivesse por convenientes à verificação da efectiva vinculação dos demais membros do agrupamento à proposta submetida pela entidade detentora do certificado de assinatura electrónica qualificada.

u) Apesar de tudo quanto antecede, surpreendentemente, e ao abrigo do estabelecido no artigo 146.º, n.º 2, alínea l) do CCP, o Tribunal a quo não teve dúvidas em concluir pela legalidade da decisão da Recorrida de exclusão das propostas apresentadas pelas ora Recorrentes, por entender que as mesmas

não estavam em conformidade com o disposto nos artigos 62.º do CCP e do artigo 27.º, n.º 3, da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, não se dignando sequer a ter em conta a argumentação expendida pelas ora Recorrentes e – pasme-se! – a jurisprudência abundante e consolidada dos Tribunais Administrativos neste domínio específico.

v) Com efeito, os Tribunais Administrativos têm consistentemente defendido, no quadro de uma jurisprudência que se afigura estável e pacífica, que em situações com similitudes estreitas às da presente, acaso se verifique a falta de assinatura de uma proposta em concurso público, deve a mesma ser suprida por convite dirigido pela entidade adjudicante, sendo a imediata exclusão da proposta uma decisão desproporcionada.

w) Além disso, o entendimento diferente assumido por parte do Tribunal a quo concorre, conforme já referido, para uma flagrante violação do princípio da igualdade de tratamento de dois concorrentes (e que é extensivo a outros concorrentes que participaram igualmente no presente procedimento concursal) que se encontravam numa situação substancial ou materialmente idêntica, pois que potencia uma discriminação ilegítima das Recorrentes em clara violação do princípio da igualdade ou da paridade de tratamento.

x) O que permite concluir, sem mais, que os actos de exclusão das Recorrentes do procedimento concursal em apreço foram manifestamente ilegítimos, uma vez que, considerando a factualidade apurada, resulta evidente a ilegalidade da actuação da Recorrida.

y) Resta ainda referir que a supressão, numa fase ulterior à submissão das propostas, das dúvidas atinentes com a efectiva vinculação de todos os membros do agrupamento às mesmas não feriria, minimamente que seja, o princípio da estabilidade ou intangibilidade das propostas, porquanto não haveria lugar à introdução de qualquer novo elemento que pudesse por em causa as tarefas de apreciação e avaliação das referidas propostas a cargo da Recorrida.

z) Em face de tudo quanto antecede, resta acrescentar, porém, que na hipótese de se verificar ser já absolutamente impossível a reconstituição integral, no plano dos factos, da situação que existira caso os actos de exclusão das propostas apresentadas pelas Recorrentes não tivessem sido ilegitimamente praticados – designadamente por virtude do avançado estado de execução, se não mesmo da execução integral, dos contratos entretanto ilegalmente celebrados -, deve este douto tribunal convidar as partes, nos termos do artigo 102.º, n.º 5, do CPTA a acordarem, no prazo de 20 dias, no montante da indemnização a que as Recorrentes terão necessariamente direito.

*

A Recorrida contra-alegou da seguinte forma:

1.ª – não se vislumbra, nas alegações e conclusões das Recorridas, a invocação da existência de qualquer vício que se possa imputar à dita decisão recorrida, apesar das acusações constantes da conclusão b) – “... completa subversão da racionalidade e da teleologia imanente nos referidos preceitos normativos (...)” – genéricas e vagas, mero pretexto para o acinte;

2.ª – Só no pedido, as Recorrentes invocam erro de julgamento por pretensa violação dos artigos 1.º, 4 (!), 57.º, 62.º, 72.º e 146.º, 2, do CCP e 27.º da Portaria n.º 701.º-G/2009, de 29 de Julho. Mas, salvo sempre o devido respeito, sem qualquer razão;

Na verdade,

3.ª – As propostas das recorrentes – agrupamento sem personalidade jurídica – só foram assinadas electronicamente pela primeira Recorrente, única pessoa colectiva relacionada com o certificado usado para o efeito;

4.ª – De facto, o certificado electrónico de uma pessoa só pode ser usado por essa mesma pessoa, não podendo sê-lo por outras;

5.ª – O que significa que as outras Recorrentes não assinaram electronicamente (nem por outras formas) as propostas, mais concretamente o documento a que alude o artigo 57.º, 1, a), do Código dos Contratos Públicos;

6.^a - E podiam fazê-lo, independentemente de à plataforma electrónica só poder aceder a primeira Recorrente;

7.^a - É que as demais pessoas do agrupamento, não tendo o certificado para acederem à tal plataforma e, por isso, não podendo assinar electronicamente a proposta conjunta, podiam, no entanto, usar dois expedientes para assinar, validamente, a proposta conjunta;

8.^a - ou assinavam electronicamente a proposta, mas fora da plataforma, com assinatura electrónica avançada, de onde constasse que as pessoas que assinavam eram quem obrigava a pessoa colectiva e, depois, o usuário da plataforma carregava tal documento, assinado, por sua vez, as propostas com o certificado da plataforma,

9.^a - ou, então, aquelas pessoas, representantes das 2.^a e 3.^a Recorrentes, conferiam ao usuário da plataforma, no caso, a primeira Recorrente, mandato para tal - assinar e carregar a proposta - caso em que o usuário da plataforma, funcionando como representante comum das empresas do agrupamento, deveria juntar o documento de mandato;

10.^a - A primeira Recorrente não juntou tais instrumentos de mandato;

11.^a - Nem o que consta de um contrato promessa de constituição futura de consórcio configura, por qualquer forma, a concessão à primeira Recorrente de poderes de representação ou de assinatura para obrigar as segunda e terceira Recorrentes;

12.^a - A falta de junção dos instrumentos de mandato bem como a falta de assinatura electrónica avançada de todas as Recorrentes naquela documento tem como consequência, imperativa, a exclusão das propostas, nos termos do disposto no artigo 146.º, 1, e), do Código dos Contratos Públicos;

13.^a - Daí que o Júri do concurso, como estava legalmente obrigado, tivesse proposto, no Relatório Preliminar, a exclusão das propostas das Recorrentes, proposta de exclusão que manteve no Relatório Final e que veio a ser aprovado pela Recorrida enquanto entidade adjudicante;

14.^a - É que a falta de assinatura electrónica avançada das 2.^a e 3.^a Recorrentes não configura uma qualquer simples formalidade dita não essencial;

15.^a - Por outro lado, a falta da junção dos instrumentos de mandato - necessários porque aquelas Recorrentes não assinaram as propostas - constitui a falta de junção de um obrigatório documento,

16.^a - não podendo a falta de assinatura e a falta do documento ser supridas por qualquer pedido de esclarecimento, pedido que a Recorrida nem tinha possibilidades de formular já que não tinha meios para se dirigir àquelas 2.^a e 3.^a Recorrentes;

17.^a - Consequentemente, o acto de exclusão das propostas das Recorrentes, ao invés do que elas defendem, foi legítimo, não padecendo de qualquer vício que o invalide;

18.^a - Nem existe qualquer paralelismo com o que sucedeu com os concorrentes n.ºs 4 e 9;

19.^a - Estes, ao contrário da 1.^a Recorrente, juntaram os instrumentos de mandato ao representante comum;

20.^a - Consequentemente, não estando o acto impugnado ferido de qualquer vício, por maioria de razão, a douda decisão recorrida não violou os normativos indicados pelas Recorrentes no pedido, devendo ser mantida,

21.^a - do mesmo passo que não se justifica o convite às Partes para os termos do estabelecido no artigo 102.º, 5, do CPTA,

17.^a - improcedendo, assim, as conclusões das Recorrentes.

*

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

*

FACTOS FIXADOS EM 1.^a INSTÂNCIA (e com relevância para os autos)

1) Por anúncio, datado de 11.01.2010, a “ADRA - Águas da Região de Aveiro, S.A.” (doravante “AdRA”) lançou o Concurso limitado por Prévia Qualificação para a celebração do contrato de prestação de serviços do «Sistema de Águas da Região de Aveiro. Elaboração dos Projectos de Execução das Infra-estruturas de Saneamento Básico em “Baixa” - cfr. documento n.º 1, junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

2) O Concurso limitado por Prévia Qualificação em questão compreendeu a elaboração de um conjunto de projectos de execução de infra-estruturas de saneamento básico em “Baixa”- na área de intervenção da AdRA - correspondentes a 5 lotes: Lote 1 — Projectos de Execução das Infra-estruturas Municipais do Saneamento Básico de Águeda. Lote 2 — Projectos de Execução das Infra-estruturas Municipais do Saneamento Básico de Aveiro, Ílhavo, Albergaria-a-Velha e Sever do Vouga. Lote 3 — Projectos de Execução das Infra-estruturas Municipais do Saneamento Básico de Estarreja e Murtosa. Lote 4 — Projectos de Execução das Infra-estruturas Municipais do Saneamento Básico de Vagos e Oliveira do Bairro. Lote 5 — Projectos de Execução das Infra-estruturas Municipais do Saneamento Básico de Ovar.

3) De acordo com o Programa de Concurso, o critério de adjudicação da prestação de serviços para cada um dos Lotes foi o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo como factores de apreciação a qualidade técnica da proposta (ponderação de 60%, subdividida à razão de 20% para a metodologia a empregar na elaboração do Projecto e modo de aquisição de serviços, de 30% para a adequação da equipa técnica afecta à aquisição de serviços e tempos de afectação dos seus membros e de 10% para o programa de trabalhos) e o preço global da aquisição de serviços (ponderação de 40%).

4) No dia 10/2/2010, as AA. celebraram um acordo-promessa em que formalizaram a intenção de, em caso de adjudicação, se constituírem em consórcio - cfr. documento nº 2, junto com a p.i.. que aqui se dá por

integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

5) Dão-se aqui por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais os doc. 3 a 7 juntos com a p.i.;

6) No dia 10/9/2010, o Júri do Procedimento procedeu à abertura de propostas para cada um dos lotes e publicitou a lista dos concorrentes, por ordem de submissão das mesmas na plataforma electrónica:

7) No dia 29/10/2010, foram as AA. notificadas do relatório preliminar da Fase de Análise e Avaliação de Propostas elaborado pelo Júri do Procedimento, que propôs, por unanimidade, a exclusão das propostas apresentadas pelas Requerentes para cada um dos Lotes concursados, “... com fundamento na alínea 1) (parece-me que esta alínea não está correcta pois é um 1 e ele não existe no artigo) do n.º 2 do artº 146º do CCP, por não juntar à proposta qualquer documento comprovativo das empresas H...a e S... a conferirem poderes de representação à A..., Lda., signatária da proposta.» - cfr. documento n.º 8, junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

8) As AA. pronunciaram-se em sede de Audiência Prévia - cfr. documento n.º 9, junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

9) No dia 23/11/2010, o vogal do Conselho de Administração da “ADRA” notificou todos os concorrentes, através da plataforma electrónica, da adjudicação das propostas para os Lotes 1, 2, 3, 4 e 5 em conformidade com o Relatório Final da Fase de Análise e Avaliação das Propostas, tendo por base a melhor pontuação atribuída a cada um dos Lotes de acordo com os factores de apreciação da qualidade técnica da proposta (60%) e do preço (de 40%): Os Lotes 1, 3 e 5 ao Concorrente n.º 4 (Agrupamento N.../ H.../ P...); O Lote 2 ao Concorrente n.º 7 (P...); O Lote 4 ao Concorrente n.º 9 (Agrupamento C...) - cfr. documento n.º 10 junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente

reproduzido para todos os efeitos legais;

10) No referido relatório final que foi junto como anexo à notificação da decisão de adjudicação do Conselho de Administração da “AdRA”, o júri do Procedimento deliberou propor o indeferimento da pronúncia apresentada pelas AA. em sede de Audiência Prévia, dando por integralmente reproduzido, naquele Relatório Final, o teor do Relatório Preliminar - cfr. documento n.º 11 junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

11) As AA. interpuseram no dia 30/11/2010, Recurso Hierárquico junto do Conselho de Administração da AdRa - cfr. documento nº 12 junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

12) No dia 3/12/2010, os demais concorrentes foram notificados na plataforma electrónica, nos termos do disposto do artigo 273.º do CCP, «(. . .)para, querendo, se pronunciarem no prazo de cinco dias, sobre o pedido e seus fundamentos aduzidos pelo Concorrente Nº 3 — Agrupamento A. G.../H.../S...” - cfr. documento n.º 13 junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

13) Em 2/12/2010 foi decidido não conhecer do recurso hierárquico interposto mas admiti-lo como reclamação, reclamação que foi indeferida em 17/12/2010 - cfr. doc. 14 junto com a p.i. que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

14) Dão-se aqui por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais os doc. 15 e 16 juntos com a p.i.;

15) As AA. apresentaram as suas propostas através de plataforma electrónica, tendo apostado assinatura electrónica mediante certificado de assinatura electrónica qualificada em nome de A... da empresa “A..., Lda”.

16) As propostas ao concurso apresentadas pelo concorrente N.../H.../P... e pelo concorrente C... foram submetidas na plataforma electrónica pela “N...” e pela “C...”, respectivamente, em representação das demais empresas agrupadas e

juntaram uma digitalização de duas declarações assinadas pelas demais agrupadas a atribuir poderes à “N...” e à “C...”, respectivamente, para praticar todos os actos inerentes no âmbito do procedimento.

17) Em 10/12/2010 foram celebrados os contratos de aquisição de serviços de elaboração dos Projectos de Execução das Infra-estruturas de Saneamento Básico em “Baixa - Lote, Lote 2, Lote 3 e Lote 5 - cfr. fls. 363 a 382 do processo cautelar apenso.

18) Dão-se aqui por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais, o convite do procedimento bem assim como o programa de concurso e o caderno de encargos que integram o processo administrativo apenso aos autos através de suporte digital.

*

QUESTÕES QUE IMPORTA CONHECER

Cumpre apreciar e decidir as questões colocadas pelas recorrentes, tendo presente que o objecto do recurso se acha delimitado pelas conclusões das respectivas alegações, nos termos dos arts. 660º, n.º 2, 664.º, n.ºs 3 e 4 e 685.º-A todos do Código de Processo Civil (CPC) “ex vi” art. 140º do CPTA

Mas, sem esquecer o disposto no art.º 149.º do CPTA nos termos do qual ainda que o tribunal de recurso declare nula a sentença decide do objecto da causa de facto e de direito

As questões que aqui importa conhecer são as seguintes:

_ Se as recorrentes cumpriram ou não o exigido no art.27º nº3 da Portaria 701-G/2008 de 29/07 e art. 57º do CCP;

_ Caso se entenda que não cumpriram , se a falta de documento comprovativo de poderes de representação é uma mera irregularidade susceptível de ser alvo de pedidos de esclarecimento;

_ Se ocorreu ou não violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade relativamente às propostas das concorrentes nºs 4 e 9.

O DIREITO

Alegam as recorrentes que a decisão recorrida violou a alínea l) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, ao entender que a exclusão das Recorrentes por não ter sido junto à proposta qualquer documento que comprovasse que as empresas **H...** e **S...** haviam conferido poderes de representação à **G...**, designadamente, para a apresentação, em nome do agrupamento, das respectivas propostas (exigência essa alegadamente consagrada no n.º 3 do artigo 27.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, aplicável por remissão do n.º 4 do artigo 62.º do CCP) não padecia de qualquer ilegalidade.

Para tanto referem a inexigibilidade legal ou concursal de apresentação de documento comprovativo a conferir poderes de representação, que de qualquer forma o instrumento de mandato a conferir poderes de representação não é uma formalidade essencial ao procedimento e sempre teria sido violado o princípio da igualdade do tratamento dos concorrentes.

Pelo que teriam sido violados os artigos 1.º, n.º 4, 57.º, 62.º, 72.º e 146.º, n.º 2, alínea l), do CCP e o artigo 27.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho.

Esta invocação resulta não só do pedido como também de todo o conteúdo das alegações e respectivas conclusões.

Começemos por aferir se foi ou não cumprido pelos aqui recorrentes o disposto no art. 27.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho e 57.º do CCP.

Dispõe o art. 57.º do CCP

“Documentos da proposta

1 - A proposta é constituída pelos seguintes documentos:

- 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;
- b) Documentos que, em função do objecto do contrato a celebrar e dos aspectos 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;

c) Documentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule;

d) Documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resulte, directa ou indirectamente, das peças do procedimento.

2 ...

3 - Integram também a proposta quaisquer outros documentos que o concorrente apresente por os considerar indispensáveis para os efeitos do disposto na parte final da alínea b) do n.º 1.

4 - A declaração referida na alínea a) do n.º 1 deve ser assinada pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar.

.5 - Quando a proposta seja apresentada por um agrupamento concorrente, a declaração referida na alínea 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.”

Por sua vez o artigo 62.º do mesmo diploma dispõe:

“Modo de apresentação das propostas

1 - Os documentos que constituem a proposta são apresentados directamente em plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante, através de meio de transmissão escrita e electrónica de dados, sem prejuízo do disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 115.º

2 - ...

3 - A recepção das propostas é registada com referência às respectivas data e hora, sendo entregue aos concorrentes um recibo electrónico comprovativo

dessa recepção.

4 - Os termos a que deve obedecer a apresentação e a recepção das propostas nos termos do disposto nos n.os 1 a 3 são definidos por diploma próprio.

5 - ... “

A legislação em vigor (Portaria 701-G/2008, artigo 27.º) apenas exige que o certificado digital utilizado para assinar os documentos em plataforma electrónica de contratação seja um certificado digital qualificado.

É o seguinte o seu teor:

“Artigo 27.º – Assinatura electrónica

1 — Todos os documentos carregados nas plataformas electrónicas deverão ser assinados electronicamente mediante a utilização de certificados de assinatura electrónica qualificada.

2 — Para efeitos da assinatura electrónica, as entidades referidas no n.º 3 do artigo anterior devem utilizar certificados digitais emitidos por uma entidade certificadora do Sistema de Certificação Electrónica do Estado.

3 — Nos casos em que o certificado digital não possa relacionar directamente o assinante com a sua função e poder de assinatura, deve a entidade interessada submeter à plataforma um documento electrónico oficial indicando o poder de representação e assinatura do assinante.”

Por sua vez Artigo 146.º do CCP

“Relatório preliminar

1 - Após a análise das propostas, a utilização de um leilão electrónico e a aplicação do critério de adjudicação constante do programa do concurso, o júri elabora fundamentadamente um relatório preliminar, no qual deve propor a ordenação das mesmas.

2 - No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:

a) Que tenham sido apresentadas depois do termo fixado para a sua apresentação;

- b) Que sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto no n.º 2 do artigo 54.º;
- c) Que sejam apresentadas por concorrentes relativamente aos quais ou, no caso de agrupamentos concorrentes, relativamente a qualquer dos seus membros, a entidade adjudicante tenha conhecimento que se verifica alguma das situações previstas no artigo 55.º;
- 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 ns. 1 e 2 do artigo 58.º;
- f) ...
- l) Que não observem as formalidades do modo de apresentação das propostas fixadas nos termos do disposto no artigo 62.º

Daqui resulta que quando os membros de um agrupamento não procederem à assinatura da declaração referida na al.a) do nº1 do art. 57º do CCP conforme resulta do nº5 do mesmo é necessário juntar um instrumento de mandato para esse efeito.

E, o número 3 do artigo 27.º da portaria 701-G/2008, especifica que se o certificado digital não conseguir determinar a função e poder de assinatura do assinante, é necessário que cada vez que utilize um certificado nessas condições se anexe igualmente um documento electrónico oficial, emitido por entidade oficial ou pelos representantes legais da entidade que está a representar, reconhecendo poderes de representação para assinar documentos em nome da entidade.

Se tiver um certificado digital qualificado de representação, dado que este já tem incorporados os poderes de representação do utilizador, não necessita anexar nenhum documento adicional quando o utiliza para assinar documentos na plataforma electrónica.

A A... Lda. veio a entrar electronicamente na plataforma em seu nome apenas

juntando assinaturas do caderno de encargos dos representantes das empresas que constituem o agrupamento concorrente.

Por sua vez também juntam um documento em que as três empresas do agrupamento declaram que a A... representará a associação perante as Águas da Região de Aveiro assumindo perante o Dono da Obra a manutenção da proposta no caso de adjudicação.

Mas, as propostas das recorrentes – agrupamento sem personalidade jurídica – só foram assinadas electronicamente pela primeira recorrente e já que o certificado electrónico de uma pessoa só pode ser usado por essa mesma pessoa, não podendo sê-lo por outras.

Pelo que, as outras recorrentes não assinaram electronicamente as propostas, mais concretamente o documento a que alude o artigo 57.º, 1, a), do código dos contratos públicos nem conferiram ao usuário da plataforma, no caso, a primeira recorrente, mandato para tal – assinar e carregar a proposta – caso em que o usuário da plataforma, funcionando como representante comum das empresas do agrupamento, deveria juntar o documento de mandato.

A legislação em vigor (Portaria 701-G/2008, artigo 27.º) apenas exige que o certificado digital utilizado para assinar os documentos em plataforma electrónica de contratação seja um certificado digital qualificado.

Contudo, o número 3 do artigo 27.º da portaria 701-G/2008, especifica que se o certificado digital não conseguir determinar a função e poder de assinatura do assinante, é necessário que cada vez que utilize um certificado nessas condições se anexe igualmente um documento electrónico oficial, emitido por entidade oficial ou pelos representantes legais da entidade que está a representar, reconhecendo poderes de representação para assinar documentos em nome da entidade.

Se tiver um certificado digital qualificado de representação, dado que este já tem incorporados os poderes de representação do utilizador, não necessita anexar nenhum documento adicional quando o utiliza para assinar documentos

na plataforma electrónica.

Esta característica do certificado digital de representação elimina o risco de desqualificação da proposta por falta de documento oficial anexo ou por lapso na correlação entre a assinatura e o documento oficial que atesta a representação da mesma.

Pelo que, foram violados os referidos preceitos legais como se decidiu na sentença recorrida.

Pretendem as recorrentes que estamos perante formalidades cuja preterição não pode ter por efeito a imediata exclusão das propostas conforme recente jurisprudência nesse sentido, o que implica que não têm eficácia invalidante sobre os actos praticados sem a sua observância.

Quid juris?

Todas as recorrentes assinaram, ainda que de forma manuscrita digitalizada, as suas propostas, tendo apostado as suas assinaturas.

Contudo, a submissão (i.e., a entrega, o carregamento ou o envio) da proposta através da plataforma electrónica apenas poder ser efectuada por um concorrente que tenha adstrita uma assinatura electrónica mediante certificado de assinatura electrónica certificada (cfr. artigos 19.º e 27.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

Porém, se o certificado da assinatura electrónica utilizado não relacionar directamente o assinante com a sua qualidade ou função e o seu poder de representação de outrem, deve o mesmo submeter à plataforma um documento electrónico oficial, nos termos do artigo 27.º, n.º 3 da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, no qual se indicará o poder de representação e a assinatura do assinante (cfr. Acórdão do TCA Norte , de 22 de Junho de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 0770/10.8BECBR).

Conforme é referido na recente obra de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA (Concursos e Outros Procedimentos de

Contratação Pública, Almedina, 2011, pág. 689), «à data em que escrevemos ainda não [está] a funcionar o serviço de emissão de tais documentos.»

Pelo que, se impunha, no mínimo, a junção de um instrumento de mandato, enquanto mecanismo de substituição do documento electrónico oficial, instrumento de mandato esse já previsto no art. 57º nº5 para o caso de as propostas não estarem assinadas por todos os membros do agrupamento, em ordem a suprir eventuais falhas por parte dos mesmos e a garantir a necessária conexão entre as propostas submetidas e os membros do agrupamento em causa, a recorrida solicitar, se dúvidas subsistissem, os necessários esclarecimentos aos concorrentes (com vista a garantir a sua adesão ao acto de submissão da proposta).

A este propósito extrai-se do Ac. deste TCAN de 22 de Junho de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 0770/10.8BECBR (in www.dgsi.pt):

«1. Nos termos do disposto no artigo 27º, n.º 3 da Portaria n.º 701-G/2008, nos casos em que o certificado digital não possa relacionar directamente o assinante com a sua função e poder de assinatura, deve a entidade interessada submeter à plataforma um documento electrónico oficial indicando o poder de representação e assinatura do assinante.

2. Porém o facto de um candidato não ter submetido à plataforma, pelo menos até à adjudicação, documento electrónico oficial apto a atestar a qualidade de quem assinou a sua proposta não deve levar à exclusão da proposta se efectivamente quem assinou a proposta tinha poderes para representar e obrigar a mesma concorrente, facto que o Júri do concurso comprovou por elementos extra concursais de que dispunha e por a empresa em causa, em momento ulterior, ter procedido à apresentação da Certidão Permanente.

3. O ónus de submeter à plataforma electrónica um documento oficial, que permita aferir dos poderes de representação do assinante, não constituiu um requisito de validade material e intrínseca da proposta mas apenas uma exigência formal.

4. O cumprimento desta formalidade legal destina-se a assegurar o cumprimento de uma exigência substantiva, a de que quem vincula a empresa à aceitação do caderno de encargos, por meios electrónicos estabelecidos na lei, tem poderes para o fazer.

5. Alcançado este desiderato legal, não se justifica excluir a proposta nos termos previstos no artigo 146º, n.º 2, al. e) do Código dos Contratos Públicos, pois este preceito impõe a exclusão de uma proposta somente quando quem assina digitalmente a proposta não tem poderes para representar e obrigar a mesma concorrente.»

Ora, a situação a que alude este acórdão em sede de enquadramento do preceito em referência é precisamente a de que quando quem assina digitalmente uma proposta não tem poderes para representar e obrigar a concorrente deve ser excluído nos termos do art. 146º n.º2 al. e) é a situação destes autos.

Por sua vez extrai-se do Acórdão, de 29 de Abril de 2010 (processo n.º 05862/10) proferido pelo Tribunal Central Administrativo Sul:

«O interesse visado pela lei com a exigência da assinatura da proposta é garantir a vinculação jurídica do proponente à mesma. Visa evitar que uma empresa ganhe um concurso e depois desista, sem que lhe possa ser assacada qualquer responsabilidade. É da natureza das coisas, é evidente que se uma empresa gasta dinheiro a elaborar uma proposta concursal como a dos autos, não está a fazê-lo de ânimo leve nem tem certamente intenção de desistir. Por isso, em concursos com o valor como o dos autos, com os custos inerentes à elaboração das propostas que os mesmos têm, a falta da assinatura de uma proposta tem de ser considerado como um mero lapso, pelo que a empresa não deve ser excluída sem que lhe seja dada hipótese de o corrigir.”

Pelo que temos de distinguir a situação da falta de assinatura de um documento da falta de junção de um documento.

E, a situação dos autos não é semelhante à do Acórdão de 22 de Outubro de

2010, proferido no âmbito do processo n.º 00323/10 deste tribunal já que neste processo está em causa uma falta de assinatura que não foi detectada pelo júri no momento próprio e não uma falta de mandato para representação em plataforma electrónica.

Neste caso não podemos desde logo falar que não estamos perante uma formalidade que não é essencial e que poderia ser objecto de um pedido de esclarecimento já que o Júri do Procedimento, porque as segundas e terceiras recorrentes não tinham acesso à plataforma electrónica e a recorrida não podia contactá-las por outra via, não podia ter pedido esclarecimentos às segunda e terceira recorrentes no sentido de averiguar se a primeira recorrente era, ou não, sua mandatária.

Por outro lado, a falta do documento, legalmente pedido, nos termos do estatuído no n.º 5 do art. 57.º, do Código dos Contratos Públicos - instrumento de mandato - não é uma mera formalidade, essencial ou não, é a falta de apresentação de um exigível documento de instrução da proposta cuja sanção é a proposta de exclusão pelo júri do procedimento.

Ora, apesar das chancelas e das assinaturas digitalizadas nos documentos ou dos termos do acordo promessa de constituição de consórcio, a verdade é que a proposta apresentada pela primeira recorrente não está assinada electronicamente pelas segunda e terceira recorrentes e a recorrida não tinha maneira de saber, sequer de averiguar, se elas pretenderam, ou não, subscrevê-las por não existirem instrumentos de mandato emitidos a favor da primeira recorrente, para as representar a nível de plataforma electrónica.

Na verdade não é uma mera falta de assinatura de uma interveniente na plataforma electrónica mas tão só se essa interveniente representa também outras que não ela própria.

E para tal impunha-se a junção electrónica de um mandato nos termos supra referidos.

Pelo que, estando em causa a falta de um documento de mandato, não

poderíamos dizer que estaria apenas em causa uma irregularidade suprável mediante simples convite à regularização.

*

Imputaram as recorrentes à Recorrida também a violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade já que não teria excluído as propostas das concorrentes n.ºs 4 e 9, que, segundo elas, teriam junto os instrumentos de mandato mas os mesmos não reuniram a natureza de “**documentos electrónicos oficiais**”. Daí que as suas propostas, como a das Requerentes, devessem ter sido excluídas.

Contudo não é bem assim já que os documentos juntos com as propostas das concorrentes n.ºs 4 e 9 foram assinados pelos membros dos agrupamentos concorrentes, através de instrumentos de mandato que juntaram, isto é, os membros dos agrupamentos conferiram poderes ao representante comum para assinar electronicamente a proposta, e juntaram os instrumentos de mandato mas não o fizeram com assinatura electrónica avançada.

Só que, dispõe o artigo 3.º nº5 do Decreto-Lei n.º 290-D/99 que : “5 - (...) o valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura electrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada é apreciado nos termos gerais de direito.”

Pelo que, não tendo os documentos suscitado qualquer dúvida quanto à sua veracidade e não tendo nenhum concorrente impugnado as assinaturas nem as declarações que dos documentos constavam não se põe qualquer questão de semelhança com uma situação em que não existem quaisquer documentos, nomeadamente de mandato, porque não foram juntos.

Sendo assim, os referidos documentos electrónicos juntos pelas referidas concorrentes n.ºs 4 e 9 têm, assim, a natureza de documentos escritos particulares assinados cuja autoria da assinatura não foi impugnada pelas demais concorrentes ou colocada em causa pela recorrida, por isso, se presumindo que são verdadeiras as suas assinaturas bem como as assinaturas

apostas nos documentos que os certificam e, decorrentemente, verdadeiras as declarações deles constantes.

*

Em face de todo o exposto acordam os juízes deste TCAN em negar provimento ao recurso e manter a sentença recorrida.

Custas pelas recorrentes.

R. e N.

Porto, 16/09/2011

Ass. Ana Paula Soares Leite Martins Portela

Ass. Maria do Céu Dias Rosa das Neves

Ass. Carlos Luís Medeiros de Carvalho

Fonte: <http://www.dgsi.pt>