SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
0785/21.0BEPRT	13 de janeiro de 2022	Ana Paula Portela

DESCRITORES

Contencioso pré-contratual > Código dos contratos públicos

SUMÁRIO

A falta de junção de documento em excel, o que era exigido pela cláusula 9ª, b) iii do programa do procedimento, quando apenas foi junto o suporte pdf não é uma formalidade essencial para efeitos do nº3 do art. 72º do CCP podendo ser objeto de convite ao seu suprimento desde que a junção em Excel ocorra com total coincidência com o documento em PDF.

TEXTO INTEGRAL

1. AGERE - EMPRESA DE ÁGUAS, EFLUENTES E RESÍDUOS DE BRAGA, EM vem interpor recurso jurisdicional de revista para este STA, nos termos do art.º 150º CPTA, do acórdão do TCAN, de 19.08.2021, que concedeu provimento ao recurso jurisdicional interposto pela sociedade comercial A..... Ld.ª julgando procedente a ação de contencioso pré-contratual que a mesma interpusera contra si do ato da sua exclusão do procedimento de concurso público para o “Fornecimento e Montagem de um Sistema de Contenção de Escumas para os

tanques de arejamento da ETAR de ....., admitindo o suprimento da irregularidade existente.

2. Para tanto, alegou em conclusão:

"(...) 5ª A lista de preços unitários é um documento que o próprio CCP considera de apresentação obrigatória, tal como decorre do artigo 57º/nº 2 a) do CCP, tendo, ainda, a Recorrente, enquanto entidade adjudicante, previsto expressamente na cláusula 16ª/nº 2 a) do PP que a não apresentação de qualquer um dos documentos que indicou na cláusula 9ª gerava a exclusão da proposta omissa.

6ª O acórdão recorrido entendeu que, como os preços unitários estavam no modelo da proposta (anexo III), o júri deveria ter concedido prazo à Recorrida para que esta apresentasse o documento em falta, mas entende a Recorrente que este juízo não poderá manter-se porque o anexo III não é a lista de preços unitários e os documentos em causa têm funções diferentes.

7ª O anexo III é o documento pelo qual os concorrentes formalizam a sua proposta e a lista de preços unitários visa permitir às entidades adjudicantes conhecer o preço atribuído a cada espécie de trabalho, pelo que tendo funções diversas o seu fim não pode ser confundido nem servir de outra função.

8ª O entendimento do acórdão recorrido viola a discricionariedade administrativa dos entes públicos, que não é sindicável salvo situação grosseira, o que não é o caso pois é pacífico que as entidades adjudicantes têm a faculdade de exigir nas peças concursais os documentos que julgarem pertinentes e têm o poder de cominar com a exclusão a sua não apresentação.

9ª O acórdão recorrido interpretou noutro sentido o uso que a Recorrente fez dos seus poderes discricionários, substituindo-se no uso de tais poderes e decidindo precisamente em sentido contrário ao que a entidade adjudicante pretendeu, o que configura violação do princípio da separação de poderes, pois implica que seja o Tribunal a definir o conteúdo de regulamentos administrativos em sentido contrário à vontade expressa da entidade adjudicante.

10ª A aplicação do artigo 72º/nº 3 do CCP conduz à violação de princípios estruturantes da contratação pública (concorrência, imparcialidade, transparência e igualdade de tratamento e não discriminação), pois o documento em falta não se enquadra na categoria de documentos a que se reporta a norma em apreço e a sua omissão não é uma simples irregularidade ou formalidade não essencial, mas antes a não apresentação de um documento obrigatório em face do Programa de Procedimento.

11ª Neste caso concreto, a validação da tese do acórdão recorrido passa por permitir à Recorrida, já depois de apresentadas todas as propostas, elaborar ex novo um documento e juntá-lo, no que constituiria uma flagrante violação dos princípios da contratação pública, colocando a Recorrida numa posição de favor e benefício quando comparada com os demais concorrentes e a Recorrente na posição de violar a sua própria peça concursal que divulgou no mercado, o que não é de aceitar quer porque viola a sua própria vontade, quer porque viola a publicidade do procedimento.

12ª O acórdão recorrido enferma de erro de julgamento de direito, violando o artigo 146º/nº 2 d) e n) do CCP, as cláusulas 9º b) iii) e 16º/nº 2 a) do Programa de Procedimento, o princípio constitucional da separação de poderes e o artigo 72º/nº 3 do CCP, pelo que deve ser revogado.

TERMOS EM QUE deve o recurso ser julgado procedente, revogando-se o acórdão recorrido e proferindo-se decisão que julgue o acto impugnado válido..”

3. A Recorrida, A..... LDA. deduziu Contra-Alegações, concluindo:

“(...) DA FALTA DE FUNDAMENTOS SUBSTANTIVOS DO RECURSO:

Questão da identidade do documento:

X - O documento que constitui o cerne do objeto do processo é o referido no ponto iii) da alínea b) da cláusula 9ª do Programa do Procedimento, ou seja, a lista de preços unitários. Essa lista coincide com o conteúdo e grafismo do Anexo III do Programa do Procedimento, conforme decorre, à simples vista desarmada, do documento de fls. 47/155 do Processo Instrutor.

XI - A Recorrida juntou, efetivamente, o documento em causa em suporte PDF, conforme resulta – de forma direta e clarividente – do documento de fls. 72/155 e 73/155 do Processo Instrutor, mas não juntou o seu suporte EXCEL.

XII – Trata-se, materialmente, do mesmo documento, em dois distintos suportes informáticos: entre o suporte PDF e o suporte EXCEL ocorre em concreto uma total coincidência de conteúdo e – até – de grafismo.

XIII - Embora o Programa do Procedimento tratasse ambos os formatos como documentos e elementos distintos, a verdade é que se trata inequivocamente do mesmo conteúdo, não havendo qualquer inovação no formato EXCEL, ainda que a sua junção fosse tardiamente suprida, o que é insuscetível de contender com qualquer bem jurídico ou princípio da contratação pública, sendo de

salientar que a proposta da ora recorrida era a economicamente mais vantajosa.

Questão da formalidade essencial ou não essencial do suporte EXCEL:

XIV – A mera não junção do suporte EXCEL, tendo sido tempestivamente apresentado o suporte PDF consubstancia uma formalidade não essencial, pois esses atributos da proposta – lista de preços unitários e o somatório total – coincide ipsis verbis com o formato PDF junto pela Recorrida ao P.A. (cfr. documento de fls. 72/155 e 73/155 do Processo Instrutor), nada de novo acrescentado a qualquer componente dos atributos da proposta.

XV – O suprimento da não junção do suporte EXCEL não contende com o princípio geral da imutabilidade das propostas apresentadas pelos concorrentes, uma vez que não estamos perante a colmatação de lacuna da proposta para a correção de aspetos substanciais da mesma, nem perante um documento relativo a termos e condições não submetidos à concorrência, pelo que, permitir a regularização da proposta mediante a entrega do documento em formato EXCEL não põe em causa a integridade do procedimento concorrencial, nem os princípios da transparência e da igualdade de tratamento entre os concorrentes (cfr. art. 1º-A do CCP).

XVI - A única finalidade da exigência do formato EXCEL é o de permitir uma mais fácil comparação informática e integrada entre os diversos preços unitários, utilidade pouco premente no caso concreto atento o reduzido número de propostas (3) e o reduzido número de tipos de trabalhos (10).

XVII – O regime do convite ao suprimento de formalidades não essenciais previsto no n.º 3, do art.º. 72º, do CCP, reiterado na 17ª cláusula do Programa

de Procedimento, tem aqui aplicação plena, pelo que o Júri do Concurso estava vinculado a solicitar a retificação da proposta, nos termos do plasmado na citada norma. Saliente-se que, o convite ao suprimento da formalidade, não essencial, em nada alteraria o conteúdo da proposta apresentada pela Autora, pois a lista de preços unitários manter-se-ia exatamente a mesma.

XVIII - Acresce que a exclusão da proposta da ora Recorrida violou também os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, e da concorrência, dado que a exclusão da sua proposta diminuiu o leque de concorrentes (cfr. art. 1º-A do CCP).

XIX - Por último, importa reiterar que a proposta apresentada pela Recorrida era a que apresentava o mais baixo preço e, por isso, constituía a proposta economicamente mais vantajosa, pelo que atento o critério definido para a adjudicação (18ª cláusula do Programa de Procedimento), caso não tivesse sido excluída, seria a escolhida garantindo-se, assim, a melhor proteção dos interesses financeiros públicos, que deve nortear sempre as escolhas das entidades adjudicantes – art. 74º CCP.

4. O recurso de revista foi admitido pela formação deste STA por acórdão de 4.11.2021.

5. Uma vez notificado nos termos e para efeitos dos art.s do artigo 146º, n.º 1.º e do artigo 147º, nº 2 do CPTA, o MP não emitiu parecer.

6. Sem vistos (art. 36º, nºs 1, al. c) e 2 CPTA), cumpre decidir.

*

FUNDAMENTAÇÃO

Resulta como provada pelas instâncias a seguinte factualidade:

“1. Por deliberação do Conselho de Administração da Agere de 13.11.2021 foi aberto o procedimento de concurso público para o “Fornecimento e Montagem de um Sistema de Contenção de Escumas para os tanques de arejamento da ETAR de ……” – fls. 3 e ss. do p.a.

2. Pelo referido despacho foi aprovado, ainda, o Programa do Procedimento do qual consta, no que aos autos releva:

“[…] Cláusula 9.ª

Documentos da Proposta

Sob pena de exclusão, a proposta, na definição que lhe é dada pelo artigo 56.º do CCP, deve ser constituída pelos seguintes documentos: […]

b) Documentos que contenham os atributos da proposta, onde sejam indicados seguintes elementos:

i. Preenchimento do Anexo III a este Programa de Procedimento;

ii. Documento que contenha os atributos, relativos a aspetos da execução do contrato, submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, onde se indique:

§ Preço, por extenso e algarismos.

§ Prazo de execução

iii. Preenchimento da lista de preços unitários em excel

iv. Memória descritiva [...]

1. Os documentos que constituem as propostas são apresentados diretamente na plataforma utilizada pela entidade adjudicante, indicada na cláusula 3ª deste programa de procedimento, através de meios de transmissão escrita e eletrónica de dados.

2. Todos os documentos deverão ser assinados eletronicamente, mediante a utilização de certificados de assinatura eletrónica qualificada e nos termos do art.º 54º da Lei n.º 96/2015 de 17 de Agosto. Caso a assinatura dos documentos, ainda que seja realizada através da utilização de um certificado eletrónico qualificado, não permita relacionar diretamente o assinante com a sua função e poder de assinatura, deverá a entidade interessada submeter à plataforma, juntamente com a proposta, um documento eletrónico oficial, nomeadamente cópia da certidão permanente do registo comercial, nos termos do disposto no nº 7 do artigo atrás enunciado.

3. No caso dos documentos da proposta serem apresentados através de uma pasta comprimida (tipo ZIP ou RAR), todos os documentos contidos nessa mesma pasta zipada, deverão estar individualmente assinados eletronicamente mediante a utilização de um certificado de assinatura digital qualificada. [...]

Cláusula 16.ª

Análise das propostas

1. As propostas são analisadas em todos os seus atributos representados pelos fatores e subfactores que densificam o critério de adjudicação.

2. São excluídas as propostas cuja análise revele:

a) Que não apresentem os documentos indicados na cláusula 9.ª do presente programa de procedimento; […]

c) Que os documentos que compõem as propostas não se encontrem assinados com assinatura eletrónica qualificada;

d) Que os documentos sejam apresentados através de uma pasta compactada (tipo ZIP ou RAR) sem que todos os documentos contidos nessa mesma pasta estejam assinados, individualmente, com assinatura eletrónica qualificada);[…]

o) Só são avaliadas as propostas que não forem excluídas. […]

Cláusula 18.ª

Critério de adjudicação

1. A adjudicação é realizada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, determinado pela avaliação do preço enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar. […]

ANEXO III

MODELO DA PROPOSTA

....., (nome, número de documento de identificação e morada), na qualidade de representante legal de ..... (denominação social e sede da empresa concorrente ou de cada uma das empresas do agrupamento concorrente, firmas, números de identificação fiscal e sedes), tendo tomado inteiro e perfeito conhecimento do caderno de encargos relativo à execução do contrato a celebrar na sequência do procedimento de concurso público para ....., a que se refere o anúncio datado de ___ de _____ de 20___, obriga-se a executar o contrato a celebrar, de harmonia com o disposto no identificado caderno de encargos, nas condições técnicas indicadas e de prazo:

IMAGEM

(pelo preço total de ..... EUR. (...extenso...), que não inclui Imposto sobre o Valor Acrescentado

Mais declara(m) que renuncia(m) a foro especial e se submete(m), em tudo o que respeita à execução do seu contrato, ao que se achar prescrito na legislação portuguesa em vigor.

..... (local), ... (data), ... [assinatura].

- fls. 27 e ss. do p.a.

3. Consta do Caderno de Encargos aprovado,

3. Mapa de Quantidades

[IMAGEM]

- fls. 21 e ss. do p.a.

4. Apresentaram proposta, cujo teor aqui se dá por reproduzido, a B....., Lda. pelo valor de € 69.519,15, a A....., L.da. pelo valor de € 68.700,00 e a C..... pelo valor de € 64.338,69 - fls. 52 e ss. do p.a.

5. A A. apresentou a sua proposta na plataforma eletrónica, preenchendo o "Questionário" e "Formulário Principal" e submetendo os seguintes documentos,

a. Anexo II – Modelo de declaração;

b. Anexo III – Modelo da proposta, em formato pdf, da qual se extrai,

"ANEXO III

MODELO DA PROPOSTA

D....., titular do cartão do cidadão nº ....., residente em Rua ..... 4705-..... Aveleda, Braga, na qualidade de representante legal de A....., Lda.., número de contribuinte ....., com sede em Rua ....., 4705-..... Braga, tendo tomado inteiro e perfeito conhecimento do caderno de encargos relativo à execução do contrato a celebrar na sequência do procedimento de concurso público CP DC 27/2020 para FORNECIMENTO E MONTAGEM DE UM SISTEMA DE CONTENÇÃO DE ESCUMAS PARA OS TANQUES DE AREJAMENTO DA ETAR DE ....., a que se refere o anúncio datado de 19 de Novembro de 2020, obriga-se a executar o contrato a celebrar, de harmonia com o disposto no

identificado caderno de encargos, nas condições técnicas indicadas e de prazo:

[IMAGEM]

[pelo preço total de 68.700,00 EUR. (sessenta e oito mil e setecentos euros), que não inclui Imposto sobre o Valor Acrescentado

Prazo de execução de 90 Dias (noventa dias contínuos).

Mais declara(m) que renuncia(m) a foro especial e se submete(m), em tudo a que respeita à execução do seu contrato, ao que se achar prescrito na legislação portuguesa em vigor.

Braga 4 de Dezembro de 2020

c. Declaração de Visita Técnica;

d. Memória Descritiva;

e. Declaração Modelo de proposta; - fls. 71 e ss. do p.a.

6. Em 6.1.2021 o júri elaborou relatório preliminar do qual se extrai:

“O Júri propõe a exclusão do Concorrente C....., Lda., por não ter efetuado visita às Instalações. como solicitado na Cláusula 27ª do Caderno de Encargos, que se cita: “Observação: Durante a fase de apresentação de propostas, é condição necessária e obrigatória que o concorrente visite a Etar de ..... para se inteirar das condições de instalação e validação das quantidades e medições. Para tal, será necessário preencher e assinar o modelo interno da Agere, Mod.

1808 – Declaração de Visita Técnica.”

5. ANÁLISE DAS PROPOSTAS

O júri iniciou o trabalho de análise das propostas apresentadas, nos termos do artigo 70º e 146º do CCP com o exame formal dos documentos que instruem as mesmas elaborando o Seguinte Quadro:

[IMAGEM]

O Júri propõe a exclusão do Concorrente A....., Lda., por não ter apresentado o documento solicitado no ponto iii da alínea b) da Cláusula 9ª do Programa de Procedimento. Fundamentação: (Alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos). Assim, o Júri propõe a adjudicação deste procedimento à Empresa B..... pelo valor de 69 519,15 € (sessenta e nove mil, quinhentos e dezanove euros e quinze cêntimos), acrescidos de IVA a taxa em vigor. - fls. 116 e ss. do p.a.

7. A A. pronunciou-se em sede de audiência previa nos seguintes termos:

“Exm Júri

Após análise do relatório do concurso CP DC 27/2020, verificamos que fomos excluídos devido à falta de “Preenchimento da lista de preços unitários em excel”.

Sendo assim e segundo o dicionário da língua portuguesa, PREENCHIMENTO: significa acto ou efeito de preencher.

E o que se constatou no preenchimento é que não foi disponibilizado qualquer tipo de lista em EXCEL para preenchimento.

Decorrente da nossa análise consideramos incorreto a exclusão quando existe uma questão gramatical.

O documento solicitado em excel está em PDF devidamente encriptado e assinado, pois foi o único ficheiro disponibilizado para preenchimento. - fls. 123 do p.a.

8. Em 2.2.2021 o júri elaborou relatório final do qual se extrai:

“ O Júri propõe a exclusão do Concorrente C....., Lda, por não ter efetuado visita às Instalações, como solicitado na Cláusula 27ª do Caderno de Encargos, que se cita:

“Observação: Durante a fase de apresentação de propostas, é condição necessária e obrigatória que o concorrente visite a Etar de ..... para se inteirar das condições de instalação e validação das quantidades e medições. Para tal, será necessário preencher e assinar o modelo interno do Agere, Mod. 1808 - Declaração de Visita Técnica.”

5. ANÁLISE DAS PROPOSTAS

O júri iniciou o trabalho de análise das propostas apresentadas, nos termos do artigo 70º e 146º do CCP com o exame formal dos documentos que instruem as mesmas elaborando o Seguinte Quadro:

[IMAGEM]

O Júri propõe a exclusão do Concorrente A....., Lda., por não ter apresentado o documento solicitado no ponto iii da alínea b) da Cláusula 9ª do Programa de Procedimento. Fundamentação: (Alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos).

Assim, o Júri propõe a adjudicação deste procedimento à Empresa B..... pelo valor de 69 519,15 € (sessenta e nove mil, quinhentos e dezanove euros e quinze cêntimos), acrescidos de IVA a taxa em vigor.

6. AUDIÊNCIA PRÉVIA

No prazo de Audiência Prévia foram apresentadas duas Pronúncias.

O concorrente A....., Lda., veio apresentar pronúncia, que se dá aqui por reproduzida e que cumpre agora apreciar.

O Concorrente alega que a não apresentação do Preenchimento da Lista de Preços Unitários em formato Excel, se deve à não disponibilização de qualquer tipo de lista em excel, esta argumentação não colhe, já que era pedido um ficheiro em excel, que não foi apresentado. Os outros concorrentes escutaram a lista do ficheiro excel,

Assim, indefere-se a pronúncia do concorrente e deve manter-se a sua exclusão do procedimento. [...]

Assim, o Júri mantém as conclusões do Relatório Preliminar propondo a adjudicação deste procedimento à Empresa: B..... pelo valor de 69 519,15 € (sessenta e nove mil, quinhentos e dezanove euros e quinze cêntimos),

acrescidos de IVA a taxa em vigor.

- cf. fls. 124 e ss. do p.a.

9. Em reunião do CA da Agere de 9.2.2021 foi aprovado o relatório final e determinada a adjudicação à proposta da B…… – fls. 125 e 130 do p.a. (…)

*

A) Tendo subjacente o disposto no mesmo artigo 662.º, n.º 1 do CPC, por constatarmos existir no ponto 1 do probatório um lapso de escrita, procedemos à sua rectificação, pelo que, onde se lê "13.11.2021" deve ler-se "13.11.2020".

B) Tendo subjacente o disposto no mesmo artigo 662.º, n.º 1 do CPC, por constatarmos existirem nos autos elementos documentais que assumem relevância para a apreciação do mérito dos autos, aditamos ao probatório [seguindo a respetiva temporalidade], os factos que seguem:

6B) A proposta apresentada pela concorrente, a Contrainteressada P., Ld.ª, consta a fls. 55 a 69 do P.A.;

6C) Dessa proposta para aqui se extrai parte do documento constante a fls. 55 do P.A., por si denominado de "9.A) Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos", como segue:

[IMAGEM]

6D) Dessa proposta para aqui se extrai parte do documento constante a fls. 56 do P.A., por si denominado de "9.B.I). DECLARAÇÃO ANEXO III [a que se refere a

alínea a) do n.º 1 do artigo 81.º]", como segue:

[IMAGEM]

6E) Dessa proposta para aqui se extrai parte do documento constante a fls. 57 e 58 do P.A., por si denominado de "9.B.I). DECLARAÇÃO ANEXO III, como segue:

[IMAGEM]

6F) Dessa proposta para aqui se extrai parte do documento constante a fls. 59 do P.A., por si denominado de "9.B.II). DECLARAÇÃO ASPETOS DA EXECUÇÃO DO CONTRATO", como segue:

[IMAGEM]

6G) A fls. 67 do P.A., consta apenas escrito "FICHEIRO EXCEL P.", e nas fls. 68 e 69 do P.A., consta a grelha preenchida atinente a "Mapa de quantidades" patente na cláusula 27.ª, ponto 3 do Caderno de Encargos, de igual [total] teor à grelha a que se reporta o ficheiro III [Modelo da proposta] constante do PP, a fls. 47 e 48, assim como de igual teor é o documento desta concorrente P., Ld.ª, constante a fls. 57 e 58 do P.A., por si denominado de "9.B.I DECLARAÇÃO ANEXO III".

6H) A proposta apresentada pela Autora ora recorrente, consta a fls. 71 a 81 do P.A.;

6I) Dessa proposta para aqui se extrai parte do documento constante a fls. 71 do P.A., por si denominado de "ANEXO II – Modelo de declaração (a que se

refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º)", como segue:

[IMAGEM]

6J) Dessa proposta para aqui se extrai parte do documento constante a fls. 79 do P.A., por si denominado de "Modelo de proposta", como segue:

[IMAGEM]

6K) A grelha constante do Anexo III da proposta apresentada pela Autora, sob o ponto 5 do probatório, respeita integralmente o "Mapa de quantidades" patente na cláusula 27.ª, ponto 3 do Caderno de Encargos, assim como o Anexo III – modelo da proposta, constante do Programa do Procedimento."

*

O DIREITO

Alega a recorrente que a aplicação do artigo 72º/nº 3 do CCP à situação dos autos constitui erro de julgamento implicando a violação deste preceito assim como, por consequência, dos princípios estruturantes da contratação pública (concorrência, imparcialidade, transparência e igualdade de tratamento e não discriminação), pois o documento em falta no procedimento concursal não se enquadra na categoria de documentos a que se reporta a norma em apreço e a sua omissão não é uma simples irregularidade ou formalidade não essencial, mas antes a não apresentação de um documento obrigatório em face do programa de procedimento.

A questão que aqui nos cumpre decidir é, assim, a de saber se, no âmbito do

procedimento concursal aqui em causa a exclusão de proposta que junta apenas a lista de preços unitários em formato word quando também era pedido em excel implica a violação do artigo 72.º, n.º 3 do CCP, e em consequência dos referidos princípios, por não estar em causa a preterição de uma formalidade essencial.

O TAF/PRT-JCP entendeu que «pese embora o Anexo III relativo à declaração de preço conter já uma decomposição do preço nos exatos termos que constavam do Mapa de Quantidades, ou seja, preços unitários para as diversas espécies de trabalhos que constavam do Caderno de Encargos, a entidade adjudicante estabeleceu ainda a exigência de apresentação do seguinte elemento "preenchimento da lista de preços unitários em excel" em conformidade com a exigência legal de em procedimentos de formação de contratos de empreitada a proposta dever ser composta pela lista de preços unitários (art. 57 n.º 2 al a) do CCP). Assim, ao contrário do que parece ser o entendimento da A., pese embora a coincidência (parcial) de conteúdos o elemento exigido pela subalínea i) da al. b) da cláusula 9.ª do PP não se confunde e é distinto do elemento exigido pela subalínea iii) da al.b) da cláusula 9.ª do PP, como ademais são distintos - embora quando o preço seja fator de avaliação possam ser coincidentes os conteúdos - os documentos exigidos pelo art. 57.º n.º 1 al. b) e n.° 2 al. a) do CCP. E note-se que quer as cláusulas 9.ª e 16ª n.º 2 al. a) do Programa do Procedimento, quer o art. 146º n.º 2 al d) do CCP preveem expressamente a exclusão das propostas que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos da cláusula 9ª al. b), subalínea iii) e do disposto no art. 57º n.º 1 al. b), e n. °2 al. a) do CCP» constituindo «causa de exclusão à luz do art. 146.º n.º 2 al. d) e das cláusulas 9.ª e 16.ª, n.º 2 al. a) do PP a omissão de apresentação do "preenchimento da lista de preços unitários em excel". Não está, pois, em causa, ao contrário do que a A. pretende fazer crer o mero lapso no formato (excel ou pdf) de apresentação do documento,

mas sim a própria omissão de apresentação do documento pois que o Modelo de Declaração - Anexo III corresponde a um documento distinto do exigido pela subal. iii) da al. b) da cláusula 9ª do PP, como o documento exigido se distingue da lista de preços unitários demandada pela al a) do n.° 2 do art 57º do CCP», sendo que «não se pode igualmente aceitar a tese de que a omissão do documento que constitui a proposta corresponde a uma mera irregularidade suprível», porquanto «à luz do disposto no artigo 72º do CCP, no seu nº 3; sempre estaria vedado ao júri do concurso pedir à A. o suprimento da omissão de apresentação do documento exigido pela subal. iii) da al. b) da cláusula 9ª do PP por não se tratar de uma formalidade não essencial».

O TCAN revogou esta decisão com o fundamento de que «é meramente atinente a uma folha de cálculo _ Na economia do que é o mapa de quantidades e assim a lista de preços unitários exigida pelas peças do procedimento, e que os concorrentes deviam apresentar à Ré preenchida em excel, é flagrante que a sua valia se presta a muito pouca ou nenhuma», pelo que «não tendo sido apresentado pela Autora a lista de preços em excel, e por se tratar de um documento não essencial, aliás, como assim julgamos, absolutamente desnecessário, sempre devia o Júri antes de se ter determinado pela imediata exclusão da proposta da Autora, prover j pela solicitação desse ficheiro, ao abrigo do artigo 72° n° 3 do CCP [e também da cláusula 17ª do PP] o qual depois da entregue pela Autora, poderia nele vir a avaliar da existência de alguma desconformidade formal/material/substancial, e nessa senda, se disso então fosse caso, ou seja, se não tivesse sido acolhida pela Autora ora Recorrente a prosseguida notificação para suprir uma omissão da sua proposta, então, a exclusão emergia como um ato perfeitamente evidente, por legal e regulamentarmente devido, face ao que decorre do artigo 146° n°2 alínea d) do CCP e da cláusula 17ª do PP», e que «é todavia manifesta a desproporcionalidade entre a não apresentação desse ficheiro em formato excel

e a exclusão de uma proposta, quando a irregularidade assim detetada pelo Júri é suprível com bastante facilidade por parte da concorrente, a Autora ora Recorrente», termos em que «errou o Tribunal a quo no julgamento por si prosseguido, quando apreciou e decidiu que a não apresentação do dito ficheiro excel é causa de exclusão face ao disposto no artigo 146°, n°2, alínea d) do CCP por preterição de um requisito essencial, tendo subjacente que o documento [vazado em ficheiro excel] que a Autora não apresentou com a sua proposta, não era o mesmo [por o ser apenas parcialmente] que está integrado no Anexo iii».

Vejamos, então, se se impunha a exclusão da proposta (como entende a recorrente e entendeu a decisão de 1ª instância) ou antes o seu suprimento por estar em causa uma situação de omissão/deficiência de instrução documental nos termos dos 56.º, 57º, n.º 2, al. a), 72.º, e 146º, n.º 2, als. d) e n), todos do CCP]. (como entendeu a decisão recorrida).

É certo que resulta expressamente do art.º. 146º n.º 2 al d) do CCP a exclusão das propostas que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos no art. 57º n.º 1 al. c) do CCP ou seja a falta dos " c) Documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule".

E que o art. 132º nº4 do CCP dispõe que:

"4 - O programa do concurso pode ainda conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde

Por sua vez o artigo 72.º CCP, sob a epígrafe "Esclarecimentos sobre as propostas" dispõe:

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

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

3 - O júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento.

4 - 5 – "Os pedidos do júri formulados nos termos dos n.ºs 1 e 3, bem como as respetivas respostas, devem ser disponibilizados em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, devendo todos os candidatos e concorrentes ser imediatamente notificados desse facto."

Ora, este preceito não contende com o art. 146º n.º 2 al d) do CCP que prevê expressamente a exclusão das propostas que não sejam constituídas por todos

os documentos exigidos no art. 57º n.º 1 al. b) do CCP onde se incluem os da cláusula 9ª al. b), subalínea iii) e do programa de procedimento.

Na verdade, o art. 72º nº3 está previsto precisamente para as situações que implicariam a exclusão do concurso mas que, por não se tratar de formalidade essencial, o legislador entendeu que se justificava o convite ao suprimento da irregularidade.

É que a redação dada ao CCP pelo DL 111-B/2017 de 31/08 na sequência da Diretiva 2014/24/UE visou precisamente, como consta do seu preâmbulo: «a possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público».

Assim, apenas nos cumpre aferir da essencialidade do elemento em falta na proposta concursal.

A este propósito, e ainda que relativo à não apresentação da DEUCP, extrai-se Ac. deste STA 0357/18.7BEFUN de 09/07/2020:

"(...)18. Porém, tal como julgado pelas instâncias (e contra o defendido pela Autora, ora Recorrente), a falta de apresentação de "DEUCP" – ainda que a sua exigência constasse do programa do concurso - não é motivo de imediata exclusão, tendo aqui plena aplicação o regime de convite ao suprimento de preterição de formalidades não essenciais ("incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura") previsto no art. 72º nº 3 do CCP – em redação introduzida, a partir de 1/1/2018, pelo aludido DL 111-B/2017.

Como refere Gonçalo Guerra Tavares ("Comentário ao CCP", Almedina, Jan/2019, pág. 321 e notas 368 e 369): «(...) permite-se que um concorrente que por lapso não juntou à sua candidatura algum dos documentos destinados à qualificação (documentos destinados a comprovar a capacidade técnica e a capacidade financeira) - ou o "DEUCP", quando se tratar de um procedimento para adjudicação de um contrato que se inclua no âmbito de aplicação das Diretivas de Contratação Pública ou, nas palavras do legislador do CCP, menos exatas, quando se tratar de um procedimento de contratação com publicação 05/01/22, 10:42 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo obrigatória no JOUE -, possa vir juntá-lo no prazo máximo de 5 dias, nos termos deste no 3 do art. 72º do Código, dado que os documentos em falta se limitam a comprovar factos ou qualidades dos concorrentes, anteriores à data da apresentação das candidaturas. Obviamente que neste caso a norma da exclusão da candidatura por falta de apresentação de documentos obrigatórios (a alínea e do no 2 do art. 184º do CCP) só pode funcionar se o concorrente, na sequência da fixação de prazo para junção dos documentos da candidatura em falta, não proceder à junção desses documentos».(...)

Nas palavras de Pedro da Costa Gonçalves: «Insiste-se numa ideia já exposta: as propostas objeto de regularização são aquelas que padecem de uma irregularidade para a qual a lei (artigo 146º nº 2) ou o programa do procedimento determinam a exclusão. É precisamente para evitar este resultado que a lei estabelece o mecanismo de regularização, que é, afinal, de "salvação" de propostas. Não existe, assim, qualquer incoerência entre a previsão na lei ou nas peças do procedimento da exclusão da proposta com faltas ou irregularidades e o processo de regularização, pois é a própria lei (artigo 72º nº 3) que expressamente prevê o mecanismo de regularização nesse caso» ("Direito dos Contratos Públicos, vol. I", 3ª edição, 2018, Almedina, pág. 850).(...)

Na verdade, o DEUCP «é um documento apresentado pelos candidatos ou concorrentes constituído por uma declaração sob compromisso de honra atualizada que tem o valor de prova preliminar sobre a verificação de condições relativas aos candidatos ou concorrentes (habilitação pessoal e preenchimento de requisitos mínimos de capacidade): cfr. artigo 59º da Diretiva 2014/24/UE» - Pedro Costa Gonçalves, ob.cit., pág. 577. Assim, para além de pretender substituir a declaração de compromisso do Anexo I – no presente caso, apresentada pelas Contrainteressadas -, trata-se de um documento destinado a atestar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta, pelo que a sua falta (ademais, em caso da sua não exigência nas peças do concurso, e de apresentação do Anexo I), se insere na obrigação de convite ao suprimento exigida no art. 72º nº 3 do CCP.

Por outro lado, estando em causa uma irregularidade formal não essencial – no sentido de que se trata de inobservância de uma exigência formal sobre o modo de apresentação da proposta ou sobre documentos que a devem integrar, cuja regularização não atenta contra os princípios gerais da contratação pública, designadamente os princípios da transparência e da igualdade entre os concorrentes -, impunha-se legalmente o convite ao seu suprimento.

E um dos exemplos que é dado por Pedro Costa Gonçalves de uma irregularidade formal não essencial que obriga, nos termos do art. 72º nº 3 do CCP ao convite ao suprimento é, precisamente, a da falta de apresentação de DEUCP quando obrigatória: («Estamos agora em condição de delimitar o conceito de irregularidade formal não essencial ou, nas palavras da lei, de proposta apresentada com preterição de formalidade não essencial; trata-se de uma proposta apresentada num procedimento de contratação sem observar uma ou várias exigências formais, sobre o modo de apresentação ou sobre os

documentos que a devem integrar (v.g., DEUCP), declarações conforme os anexos ao CCP, instrumentos de mandato) cuja regularização ou suprimento não atenta contra nem põe em risco os valores protegidos pelos princípios gerais da contratação pública, designadamente os princípios da transparência e da igualdade entre os concorrentes ("concorrência-igualdade")» - "Direito dos Contratos Públicos", 4ª edição, 2020, Almedina, pág.

Também o Tribunal de Contas relativamente ao cumprimento do dever previsto no artº 72º nº 3 do CCP em recente acórdão da 1ª Secção, nº 23/2021, de 6/10/2021, (Proc. nº 1446/2021), decidiu que:

"50. O que se disse quanto à assinatura vale, por igualdade de razão, para a não entrega com a proposta da tradução devidamente legalizada da ficha técnica do produto e da declaração de prevalência sobre os respetivos originais. Note-se que foi entregue a ficha técnica. O elemento em falta era a tradução e a declaração de prevalência. É uma simples e evidente formalidade não essencial - a ficha técnica está junto à proposta -, facilmente suprível, e controlável à posteriori. Igualmente, em nada é atingida, tanto a concorrência, como a igualdade entre os concorrentes. (...)

A entidade cometeu uma ilegalidade ao não ter recorrido, como o deveria ter feito, porque tinha esse dever, ao regime do suprimento do disposto no art. 72.º, n.º 3 CCP, norma que violou. Foram ainda violados os princípios da boa-fé (art. 10.º CPA; art. 1.º-A CCP), da boa administração (art. 5.º, n.º 2 CPA) e da concorrência (art. 1.º-A CCP). Daí resultou a alteração do resultado financeiro do contrato de forma direta ao ter sido excluída a proposta mais favorável, por ser a que apresentava um preço mais baixo, sendo esse o único critério previsto."

Também no acórdão nº 0856/15 de 1/10/2015 deste STA se conclui que a

preterição da formalidade prevista no art. 60º, nº 4 do CCP, de apresentação da declaração de preços parciais se degrada numa mera irregularidade ou formalidade não essencial, desde que, comprovadamente, se conseguiu atingir a finalidade visada com a exigência de tal declaração, pela análise da lista de preços unitários conjugada com o mapa de quantidades.

A primeira questão que importa aferir é a abrangência deste conceito de formalidades não essenciais a que se reporta o nº3 do art. 72º do CCP atendendo a que o mesmo é um conceito aberto que apela a ponderações casuísticas.

Não estando taxativamente previstas um número de situações concretos é importante de qualquer forma delimitar uma maior ou menor abertura do conceito.

Ora, a partir do momento em que as entidades adjudicantes podem criar os requisitos que entenderem adequados, com os limites da concorrência e da proporcionalidade, é enorme o número de situações aqui potencialmente abrangíveis.

Daí a importância da delimitação dessa abrangência.

Não há qualquer dúvida que o preceito aqui em causa visou salvar propostas que doutra forma teriam sido excluídas e cuja exclusão, a seu ver, não se justificava.

Pelo que, devemos considerar que os vícios formais devem ser objeto de correção/sanação, até como manifestação dos princípios da proporcionalidade e da concorrência, tendo como limite o princípio da igualdade de tratamento.

Neste sentido, os acórdãos Antwerpse Bouwerken, T-195/08; Manova, C-336/12; Cartiera dell'Adda, C-42/13 e o recente Pippo Pizzo, C-27/15 do TJ distinguem os erros meramente formais dos restantes.

Atenhamo-nos ao caso sub judice.

O Conselho de Administração da aqui recorrente, de 9.2.2021, deliberou excluir a proposta da A. por falta do documento em formato excel como exigia o programa de concurso e determinou a adjudicação do procedimento de concurso público para o "Fornecimento e Montagem de um sistema de contenção de escumas para os tanques de arejamento da ETAR" à contrainteressada.

E pretende que deve manter-se este ato de exclusão porque não foi cumprida a cláusula 9ª, b) iii do programa do procedimento que a cláusula 16.ª, n.º 2, alínea a), do mesmo comina com a exclusão.

Alega a autora e aqui recorrida que juntou com a sua proposta a lista de preços unitários, em formato pdf, e que não obstante não o ter feito sob o formato excel, trata-se materialmente do mesmo documento, em dois distintos suportes informáticos, existindo na sua apresentação, em concreto, uma total coincidência de conteúdo e até de grafismo, em que a impressão de cada um dos formatos proporcionaria dois documentos absolutamente iguais e impossíveis de distinguir no formato papel, não obstante a proveniência de dois diferentes formatos informáticos pelo que a coincidência de conteúdos não é meramente parcial mas antes total.

Efetivamente a aqui recorrida juntou o documento em causa em suporte pdf

mas não juntou o seu suporte em formato excel, o que era exigido pela cláusula 9ª, b) iii do programa do procedimento que tinha o seguinte conteúdo: "preenchimento da lista de preços unitários em excel".

Por sua vez a cláusula 16.ª do programa de procedimento, relativa à análise das propostas, expressamente refere que:

"1. As propostas são analisadas em todos os seus atributos representados pelos fatores e subfactores que densificam o critério de adjudicação.

2. São excluídas as propostas cuja análise revele:

a) Que não apresentem os documentos indicados na cláusula 9.ª do presente programa de procedimento; (...)"

O que também resulta do art. 146º n.º 2 al d) do CCP que prevê expressamente a exclusão das propostas que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos no art. 57º n.º 1 al. b) do CCP onde se incluem os da cláusula 9ª al. b), subalínea iii) e do programa de procedimento.

É certo que o documento em Excel é a fonte de dados constantes do PDF, sendo por isso a parte mais importante da entrega sendo que no programa do procedimento ambos os formatos foram tratados como documentos e elementos distintos.

E que a exigência feita pelo júri significa que importava a sua junção.

Mas a sua falta interfere com a imutabilidade da proposta?

A sua falta impede ou condiciona qualquer avaliação da proposta?

Não obstante em abstrato poder não haver coincidência entre o documento em Excel e em PDF até porque o PDF é um documento fixo originado no Excel, que não pode ser alterado, o que apenas pode acontecer com o formato Excel, no caso concreto apenas uma junção em Excel com total coincidência com o documento em PDF poderia ser admissível como suprimento tardio.

O que aconteceu no caso concreto.

Pelo que, apesar de não ter apresentado um documento que o programa do procedimento impunha como obrigatório e essencial, e cuja falta era cominada, taxativamente, na cláusula 16.ª, n.º 2, alínea a) e 146º nº2 al. d) do CCP, com a exclusão do procedimento da proposta por falta de apresentação de documento previsto na cláusula 9.ª, no caso concreto a junção tardia do mesmo não interfere com qualquer princípio concursal acabando por se tratar de uma formalidade não essencial passível de ser suprida nos termos do artigo 72.º, n.º 3 do CCP.

Assim, o convite ao suprimento da falta deste documento previamente à exclusão da proposta está em sintonia com os princípios estruturantes da legalidade, concorrência, imparcialidade, transparência e igualdade de tratamento e não discriminação que a então autora pretendia que a sua exclusão violaria.

Sendo o artigo 72º nº3 igualmente aplicável a todos os candidatos e estimulando o mesmo a concorrência por permitir salvar propostas que só por meras formalidades seriam excluídas os referidos princípios estão salvaguardados.

Quanto à invocação de que a decisão recorrida viola o princípio da separação de poderes ao implicar que seja o Tribunal a definir o conteúdo de regulamentos administrativos em sentido contrário à vontade expressa da entidade adjudicante esquece-se a recorrente que o Tribunal apenas se limitou a interpretar um preceito legal.

E que a sua discordância é, pois, com o legislador.

*

Em face de todo o exposto acordam os juízes deste STA em negar provimento ao recurso, manter a decisão recorrida julgando a ação administrativa aqui em causa procedente.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 13 de janeiro de 2022. – Ana Paula Soares Leite Martins Portela (relatora) – Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha – José Augusto Araújo Veloso.

Fonte: http://www.dgsi.pt