

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
2574/17.8BELSB	11 de julho de 2018	Sofia David

DESCRITORES

Pré-contratual > Certificado iso > Sistema haccp > Requisitos de habilitação > Artigo 81º do ccp > Concurso público > Procedimento com prévia qualificação > Escolha do procedimento > Obrigação de revogação do procedimento expurgado da cláusula inválida

SUMÁRIO

I - A apresentação dos certificados ISO:9001:2008, NP EN ISO:14001:2004 e NP EN 22000:2005, constitui uma exigência que não se relaciona com os requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade, mas que se relaciona com competências ou padrões de qualidade, ou seja, com a qualidade ou capacidade técnica das empresas;

II- Não pode ser exigido num procedimento de concurso público em sede de habilitação a apresentação dos indicados certificados;

III - O sistema HACCP é de implementação obrigatória para todas as empresas do sector alimentar, que se dediquem a qualquer fase da produção, transformação, armazenagem e/ou distribuição de géneros alimentícios, por decorrência do preceituado nos art.ºs 3.º, 4.º e 5.º do Regulamento (CE) n.º 852/2004, de 29-04-2004 (alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1019/2008, de 17-10-2008, e pelo Regulamento (CE) n.º 219/2009, de 11-03; cf. também o Decreto-Lei n.º113/2006, de 12-06, alterado pelo Decreto-Lei n.º 223/2008, de 18-11). Consequentemente, a exigência da correspondente certificação em norma do Caderno de encargos (CE) tem enquadramento nos art.ºs 81.º, n.º 6, e 132.º, n.º 1, al. f), do CCP (na anterior versão, aqui aplicável);

IV - Os requisitos de habilitação não só exigíveis apenas ao adjudicatário, mas a todos os concorrentes;

V- Em sede de escolha do procedimento - entre a escolha do concurso público ou um procedimento com prévia qualificação - as entidades adjudicantes gozam de uma ampla margem de discricionariedade, não havendo sindicar-se tal opção administrativa em sede judicial, salvo por erro grosseiro ou manifesto;

VI- Constatada a ilegalidade da cláusula 16ª, al. a), do CE, que exige a apresentação de certificados ISO, exige-se o posterior afastamento, ou a não aplicação da referida cláusula, com todos os efeitos legais. Esse afastamento implicará a alteração dos termos do concurso e repercutir-se-á, igualmente, para os todos os concorrentes e também frente a todos aqueles operadores que tenham deixado de concorrer atendendo à exigência ali feita;

VII- Portanto, constatada a invalidade da cláusula 16ª, al. a), do CE, ainda que a título incidental, verificado que o concurso ficou inquinado ab initio, não podia proceder o pedido formulado na PI para que o CHLO fosse condenado a graduar a proposta da em 1.º lugar.

TEXTO INTEGRAL

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Central Administrativo Sul

I - RELATÓRIO

S....., SA, (S....) interpôs recurso da sentença do TAC de Lisboa, que julgou parcialmente procedente a presente acção e anulou a deliberação do Conselho de Administração (CA) do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE (CHLO), de 18-10-2017 - na parte em que determinou quer a anulação da deliberação daquele CA, de 04-08-2017, de admissão e de adjudicação da proposta que a, Lda (.....) apresentou no Concurso Público n.º 70....., para Concessão de Exploração de Máquinas Automáticas de Distribuição de Bebidas e Snacks, no CHLO, quer quando determinou a exclusão da proposta da e a adjudicação da proposta que a S....., apresentou no referido procedimento - assim como, quando se determinou a anulação do contrato celebrado com a S.....

Em alegações são formuladas pelo Recorrente, as seguintes conclusões:"

(Texto no Original)

O Recorrido CHCO não apresentou contra-alegações.

O Recorrido C nas contra-alegações formulou as seguintes conclusões: "1.A douta Sentença do Tribunal a quo encontra-se legal e factualmente bem fundamentada, técnica e juridicamente bem elaborada, devendo manter-se nos seus precisos termos, sendo que com a mesma se conformou a Entidade Demandada.

2.Entende a Recorrente que o Tribunal a quo não ordenou a adjudicação da proposta da Recorrida, mas não lhe assiste razão. Pois, foi expressamente ordenada a anulação da deliberação do CHLO, datada de 18.10.2017, na parte em que determinou a anulação da admissão e da adjudicação da proposta da Recorrida e na parte em que determinou a exclusão da mesma e a adjudicação da proposta da Recorrente. O Tribunal a quo decidiu também anular o contrato entretanto celebrado entre a Recorrente e o CHLO.

3. Dúvidas não podem restar que a anulação da deliberação do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental E.P.E., de 18.10.2017, coloca a Recorrida na posição de adjudicatária (constituída pela deliberação datada de 04.08.2017), bem como elimina o ato de adjudicação em que assentou o contrato celebrado entre a Entidade Demandada e a Recorrente e conseqüentemente o anula.

4. Invoca também a Recorrente que a dita Sentença padece de erro de julgamento, dado que, na sua ótica, as certificações ISO estão diretamente relacionadas com o objeto do contrato a celebrar podendo ser exigidas no âmbito de um concurso público.
5. Também não lhe assiste razão, as certificações ISO exigidas pela Cláusula 16ª do Caderno de Encargos são standards técnicos, de cariz facultativo, que estabelecem um modelo de gestão da qualidade, cuja certificação se destina a atestar características técnicas dos concorrentes, não estando directamente relacionados com os produtos e serviços abrangidos pela concessão de exploração de máquinas automáticas.
6. A qualidade dos serviços e a segurança alimentar dos produtos é garantida pela detenção do Sistema HACCP.
7. Subsidiariamente diz a Recorrente que se a Entidade Demandada erradamente qualificou a detenção de qualidades técnicas como aspetos da execução do contrato, deverá proceder-se à anulação todo o procedimento, por violação do princípio da tipicidade.
8. Uma vez mais não se concorda com a conclusão da Recorrente, dado que a decisão do Tribunal a quo não é ilegal, nem merece qualquer reparo, estando expressamente prevista no Art. 51.º do Código do Contratos Públicos.
9. A Entidade Demandada frequentemente toma decisões de contratar, elabora programas de procedimento e cadernos de encargos, pelo que não ignora a diferença entre um concurso público e um concurso limitado por qualificação prévia.
10. Acresce que a Entidade Demandada não apresentou recurso, pelo que se conformou com a decisão do Tribunal a quo quanto à inexigência das certificações ISO, sendo tal atitude processual reveladora da desnecessidade dos certificados ISO para a Entidade Demandada.
11. A desaplicação da alínea a), da Cláusula 16ª do Caderno de Encargos não frustra os interesses da Entidade Demandada, porquanto o Sistema HACCP é bastante para o controlo e segurança dos serviços prestados no âmbito do presente concurso.
12. A realização de um novo concurso por prévia qualificação é dispensável, desde logo porque a Entidade Demandada se conformou com a decisão do Tribunal a quo, mas também pelo facto de a Recorrida, conforme veio alegando, deter já os certificados ISO e ter apresentado proposta que ficou graduada em primeiro lugar com uma margem de distância bastante relevante face à proposta da Recorrente
13. .Assim, a anulação do presente concurso, além de não ser legalmente imposta, será desnecessária por importar a opção por um procedimento concursal mais demorado, apresentando a Recorrida a melhor proposta, implicando o mesmo resultado a que se chegou no presente concurso, ou seja, a adjudicação da proposta da S...., LDA..”

O DMMP não apresentou a pronúncia.

Sem vistos, atenta a natureza urgente do processo, vem o processo à conferência.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - OS FACTOS

Em aplicação do art.º 663º, n.º 6, do Código de Processo Civil (CPC), ex vi do art.º 1.º e 140.º, n.º 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), por não ter sido impugnada, remete-se a matéria de facto para os termos em que foi decidida pela 1.ª instância.

II.2 - O DIREITO

As questões a decidir neste processo, tal como vêm delimitadas pelas alegações e contra-alegações de recurso e respectivas conclusões, são:

- aferir do erro decisório porque a cláusula 16.º, al. a), do Caderno de Encargos (CE) é válida, pois é relativa a uma certificação que se relaciona com a segurança alimentar e que está directamente relacionada com o objecto do contrato;
- se assim não for considerado, aferir do erro decisório e da violação do princípio da separação de poderes, porque a fundamentação e a decisão do tribunal não haveria de ser a ora sindicada, mas outra, que conduzisse à anulação do procedimento com fundamento na violação do princípio da tipicidade dos procedimentos adjudicatórios, porque considerando a vontade da Entidade adjudicante de contratar em função da detenção de determinadas qualidades técnicas do co-contratante, haveria de ter lançado mão de um concurso com prévia qualificação;
- aferir do erro decisório, porque caso se entenda ser ilegal a cláusula 16.º, al. a), do CE, não se pode decidir pressupondo o aproveitamento do procedimento e a colocação da em 1.º lugar, mas haverá de determinar-se a anulação do próprio procedimento, porque aquela ilegalidade repercutiu-se relativamente a todos os concorrentes, devendo a decisão recorrida condenar a Entidade adjudicante na abertura de um novo procedimento com prévia qualificação.

Através da presente acção a C.... peticionou a anulação da deliberação do CA do CHLO, de 18.10.2017, que anulou a anterior deliberação do mesmo órgão, datada de 04.08.2017, na parte em que admitiu e adjudicou a sua proposta no Concurso Público n.º 700107, para Concessão de Exploração de Máquinas Automáticas de Distribuição de Bebidas e Snacks, no CHLO, assim como, na parte em que determinou a exclusão da sua proposta e a adjudicação da proposta apresentada pela Contra-interessada S..... A C pediu também que a sua proposta fosse graduada em primeiro lugar e que fosse excluída a proposta da S....., assim como, que fosse anulado o contrato entretanto celebrado entre o CHLO e a S.....

A título subsidiário, a C.... peticionou a declaração da ilegalidade da alínea a), da cláusula 16.º do CE, por introduzir, em violação das normas aplicadas ao concurso público, a exigência de requisitos de qualificação, e a sua conseqüente desaplicação, nos termos do artigo 51.º do CCP, bem como a condenação da Entidade Demandada a proferir decisão que determine a graduação da sua proposta, em primeiro lugar, para efeitos da adjudicação do objecto do concurso, ou ainda, subsidiariamente, a condenação da mesma no pagamento de uma indemnização de €1.270.016,85, por prejuízos causados pela decisão de anulação da deliberação 04.08.2017, acrescida do pagamento de juros de mora, desde a

citação até efectivo e integral pagamento.

Na decisão recorrida julgou-se que as exigências constantes da cláusula 16.º, al. a), do CE, eram relativas a certificações ISO, reconduzíveis a requisitos técnicos das entidades adjudicantes e não a certificações relacionadas com os serviços a prestar, pelo que tal cláusula era ilegal, quando introduzida num procedimento que seguiu a via do concurso público. Nesse seguimento, considerou-se na decisão recorrida que a deliberação impugnada nesta acção “incorreu em erro nos pressupostos de direito da decisão, uma vez que não lhe era legalmente permitido exigir aos concorrentes, em sede de concurso público, as certificações em causa e, por conseguinte, excluir a proposta da Autora, nos termos dos artigos 70.º, n.º 2, alínea b), e 146.º, n.º 2, alínea o), do CCP.”

Mais se julgou “procedente a invocada ilegalidade da deliberação do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental EPE, de 18.10.2017, por violação do disposto nos artigos 163.º, n.º 1, do CPA, e dos artigos 70.º, n.º 2, alínea b), e 146.º, n.º 2, alínea o), do CCP, assim como em violação dos princípios da igualdade e da concorrência, ínsitos no artigo 1.º, n.º 4, do CCP, e do princípio da legalidade, consagrado nos artigos 266.º, n.º 2, da CRP e 3.º do CPA, aqui concretizado na vertente da tipicidade procedimental.”

Julgou-se ainda naquela decisão que “atenta a procedência do peticionado a título principal, é de julgar prejudicado o conhecimento e a decisão dos pedidos subsidiários, atento o disposto no artigo 608.º, n.º 2, do CPC, aplicável ex vi artigo 1.º do CPTA”

É desta parte do julgamento e respectiva fundamentação, que ora vem interposto recurso pela S.....

Como decorre dos factos provados nos presentes autos, o CHLO abriu um concurso público para Concessão de Exploração de Máquinas Automáticas de Distribuição de Bebidas e Snacks.

Na cláusula 16.º do CE, sob a epígrafe, “Garantias de segurança alimentar”, estipulava-se o seguinte: “De modo a garantir a qualidade dos seus serviços e a segurança alimentar dos produtos oferecidos, o concessionário deverá:

a) Manter, durante todo o período de execução do contrato, um sistema de Gestão Integrado de Qualidade e Segurança Alimentar, assente nas seguintes certificações:

I. Certificado de sistemas de Gestão de Qualidade (NP EN ISO:9001:2008 ou equivalente);

II. Certificado de sistemas de Gestão Ambiental (NP EN ISO:14001:2004 ou equivalente);

III. Certificado de sistemas de Gestão da Segurança Alimentar (NP EN 22000:2005 ou equivalente);

b) Ser detentor de um sistema de HACCP (Hazard Analysis and Critical Control Point) implementado nas diferentes fases da prestação de serviços: Recepção, Armazenamento, Abastecimento de veículos, Transporte e Abastecimento e controlo de máquinas de vending (entre outras), ou similar.”

Na reunião do júri de 29-06-2017, foi excluída a proposta da Unipessoal, Lda, entre outros motivos, por não possuir a certificação exigida pela referida cláusula 16.º do CE.

Em 15-09-2017 o CA do CHLO anulou a sua anterior deliberação de 04-08-2017, que tinha adjudicado a proposta da e excluiu quer a proposta da....., quer a proposta da, “por não constituírem propostas firmes e certas quanto ao cumprimento dos aspectos não submetidos à concorrência previstos na Cláusula 16.º do” CE.

A indicada clausula 16.º do CE prevê a exigência do adjudicatário possuir “um sistema de Gestão Integrado

de Qualidade e Segurança Alimentar”, assente em certificações ISO e na comprovação da implementação de um sistema de HACCP.

As normas ISO:9001:2008, ISO:14001:2004 e NP EN 22000:2005, são standards ou regras internacionais, que visam certificar que as empresas possuem determinadas práticas, procedimentos, instrumentos ou têm implementados certos sistemas e formas de organização interna, que lhe conferem determinadas competências, que são as certificadas (para cada uma destas normas, vejam-se as indicações constantes dos sites <http://www.iso.org/iso/home.html>, <http://www.iec.ch>, <http://www1.ipq.pt/PT/site/clientes/pages/Norma.aspx?docId=IPQDOC-185-154122>; e <https://www.iso.org/home.html>).

Neste sentido já nos pronunciamos numa situação muito semelhante no Ac. do TCAS n.º 08869/12, de 21-06-2012, confirmado pelo Ac. do STA n.º 0993/12, de 30-01-2013.

No que se refere ao sistema HACCP (Análise de Perigos e Controlo de Pontos Críticos) é um sistema de gestão de segurança alimentar, que também constitui uma regra internacional quanto a determinadas práticas e procedimentos (cf. <http://www.haccpalliance.org/sub/index.html> e <http://www1.ipq.pt/PT/site/clientes/pages/Norma.aspx?docId=IPQDOC-185-154122>).

Porém, quanto a este sistema HACCP, a implementação do mesmo é algo obrigatório para todos os operadores do sector alimentar, por decorrência do preceituado nos art.ºs 3.º, 4.º e 5.º do Regulamento (CE) n.º 852/2004, de 29-04-2004 (alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1019/2008, de 17-10-2008, e pelo Regulamento (CE) n.º 219/2009, de 11-03; cf. também o Decreto-Lei n.º113/2006, de 12-06, alterado pelo Decreto-Lei n.º 223/2008, de 18-11).

Ou seja, conforme os indicados regulamentos e decreto-lei, todas as empresas do sector alimentar, que se dediquem a qualquer fase da produção, transformação, armazenagem e/ou distribuição de géneros alimentícios, são obrigadas a ter implementado o sistema HACCP (cf. sobre o assunto as indicações constantes do site da ASAE em: <http://www.asae.gov.pt/?cn=57996664AAAAAAAAAAAAAAAAAAAA>).

Por seu turno, nos termos do art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º178/2002 de 28-01, entende-se por empresa do sector alimentar qualquer empresa, com ou sem fins lucrativos, pública ou privada, que se dedique a uma actividade relacionada com qualquer das fases da produção, transformação, armazenagem e/ou distribuição de géneros alimentícios.

Por conseguinte, naquela cláusula 16.º há que distinguir a obrigação de implementação do sistema HACCP, que constitui uma certificação obrigatória para os concorrentes no presente concurso, das restantes certificações ISO, relativamente às quais a lei não obriga a sua posse pelas empresas a operar no sector alimentar e designadamente de distribuição alimentar, o que está em causa nestes autos.

Quanto à exigência de certificação do sistema HACCP, indicada na cláusula 16.º, al. b), do CE, remete para uma certificação que se relaciona com o objecto do contrato e que constituirá um documento legalmente exigido para os concorrentes poderem operar em Portugal.

Tal cláusula constituirá, por isso, uma imposição que tem enquadramento nos art.ºs 81.º, n.º 6, e 132.º, n.º 1, al. f), do CCP (na anterior versão, aqui aplicável).

Como vem defendido por Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira ainda que os requisitos de habilitação “venham sempre referidos ao “adjudicatário” - reportam-se, isso é inquestionável, ao direito de acesso ao

procedimento, constituindo condicionantes deste e obstando portanto a que participe aí quem não possua as habilitações exigidas para o efeito. (..)

Julgamos assim haver razões para entender que os requisitos de habilitação não só exigíveis apenas ao adjudicatário, mas a todos os concorrentes, não só não os referindo a lei porque, em situações normais, a questão d habilitação vai colocar-se apenas pós-adjudicação, em relação ao concorrente da proposta vencedora, portanto.” (in, dos referidos Autores, Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública. Coimbra: Almedina. 2011., pp. 490 e 495; cf. também pp. 485-497).

Nesse mesmo sentido, já se pronunciou este TCAS no Ac. 10404/13, de 07-11-2013, onde se admitiu a possibilidade de exclusão de uma proposta por falta da apresentação de um certificado de habilitação, exigido nos termos do procedimento concursal.

Porém, no que diz respeito à exigência das certificações ISO, feitas na Cláusula 16.º, al. a), como se disse, estas não constituem requisitos legais para se poder operar no sector alimentar (apesar da certificação NP EN 22000:2005 também espelhar uma implementação do sistema HACCP, conforme decorre das informações que se podem recolher nos supra-indicados sites).

Tal como se disse no Ac. do TCAS n.º 08869/12, de 21-06-2012, a apresentação de tais certificados constitui uma exigência “que se relaciona com competências ou padrões de qualidade, ou seja, com a qualidade ou capacidade técnica das empresas. Como tal, é uma exigência ilegal face ao estipulado no artigo 81º do CCP, designadamente ao seu n.º 6. Todos os documentos exigíveis a este título, de habilitação dos concorrentes, ter-se-ão de restringir aos relativos à titularidade dos requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade. Portanto, com a titularidade das habilitações legais. Arredam-se desta norma quaisquer outros documentos relativos às qualidades ou capacidades técnicas dos concorrentes, como acontece com a comprovação destas normas ISO.

Também não visam estas certificações garantir as qualidades ou as características dos concretos produtos ou serviços que as empresas prestam. Logo, não se relacionam as normas ISO em questão com os atributos das propostas.

Em suma, como antes se disse, as normas ISO aqui em causa reconduzem-se às qualificações técnicas das empresas, concorrentes neste concurso. Certificam estas normas as características técnicas apresentadas pelo próprio prestador do serviço (cf. neste sentido e a este propósito o Ac. do TCA Norte n.º 225/11.3BECBR, de 07.10.2011, em www.dgsi.pt).

Quanto à expressão “nomeadamente” inserta no n.º 6 daquele artigo 81º do CCP, é manifesto, face ao teor do restante artigo e á referência à “titularidade das habilitações legalmente exigidas”, que será uma cláusula aberta visando actividades específicas, para cujo exercício a lei exija determinadas e especiais habilitações.

(...) este tipo de procedimento - o concurso público - não incorpora uma fase de qualificação dos concorrentes, na qual a Entidade Adjudicante avalie a sua capacidade técnica e financeira (como ocorre no concurso limitado por prévia qualificação). No concurso público, para além da exigência das habilitações legais, de requisitos habilitacionais, não se pode requerer dos concorrentes determinadas capacidades técnicas e financeiras, ou seja, requisitos de qualificação. No concurso público a escolha dos adjudicatários é feita apenas com base nas características das propostas, independentemente da apreciação da

qualificação das empresas concorrentes, das suas capacidades técnicas e financeiras. Pressupõe esta forma concursal, que qualquer empresa habilitada a operar no mercado apresenta as características necessárias e adequadas a prestar o serviço concursado. E nada mais pode a Entidade Adjudicante exigir com relação à capacidade técnica e financeira das empresas, esta entendida como relativa a características subjectivas dos concorrentes (e não das propostas). Não incumbe à Entidade Adjudicante, nestes casos, confirmar ou verificar a existência ou a certificação de quaisquer competências ou padrões de qualidade relativos às empresas, porquanto não existe no concurso público uma fase de qualificação. O concurso público é comumente assinalado como um procedimento aberto ou de acesso livre a todos os operadores económicos que actuam no mercado. Ou seja, tendo a Anacom adoptado como procedimento o concurso público, abdicou da apreciação da qualificação das empresas concorrentes, aceitando que a este concurso pudessem concorrer todos os operadores económicos com as habilitações legais para actuarem no mercado. Ora, não constituindo as normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO 14001:2004, requisitos habilitacionais, mas sendo antes relativas à qualificação técnica das empresas, não poderiam os respectivos certificados serem exigidos (...)." (cf. também, em sentido próximo, os Acs. do TCAN n.º 03661/15.2BEBRG, de 15-07-2016, n.º 01312/11.3BEBRG, de 25-01-2013 e n.º 00225/11.3BECBR, de 07-10-2011).

Face ao exposto, porque a lei não exige para a prestação dos serviços em apreço que as respectivas empresas que operam no mercado sejam titulares dos indicados certificados ISO:9001:2008, NP EN ISO:14001:2004 e NP EN 22000:2005, estas mesmas certificações não poderiam ser entendidas como se enquadrando num requisito de habilitação e como tal não poderiam ser exigidas na citada cláusula 16.º, al. a) do CE.

No caso, estava em causa um concurso público, que não comporta uma fase de qualificação de propostas. Assim, tal como se julgou na decisão recorrida, que nesta parte se acompanha, a exigência constante da cláusula 16.º, al. a), do CE, é ilegal, porque violadora do art.º 81.º, n.º 6 do CCP e dos princípios da igualdade e da concorrência, pois remete para capacidades técnicas dos concorrentes e não para características ou atributos das propostas.

Consequentemente, a deliberação do CA do CHLO, de 18-10-2017, ao determinar a anulação da admissão e da adjudicação da proposta da S...., assim como, ao determinar a exclusão da proposta desta empresa e a adjudicação à S...., é uma deliberação ilegal, que tinha de ser anulada.

Igualmente, por aplicação do art.º 283.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), o contrato que foi celebrado na sequência de tal deliberação, tinha também de ser anulado.

Em suma, há que manter a decisão recorrida quando anulou a deliberação do CA do CHLO, de 18-10-2017 e o contrato que subsequentemente foi celebrado com a S....

Falece, por conseguinte, nesta parte, o presente recurso.

Vem o Recorrente dizer, ainda, que existe um erro decisório e uma violação do princípio da separação de poderes, porque a fundamentação e a decisão do tribunal não haveria de ser a ora sindicada, mas outra, que conduzisse à anulação do procedimento com fundamento na violação do princípio da tipicidade dos procedimentos adjudicatórios, porque considerando a vontade da Entidade adjudicante de contratar em

função da detenção de determinadas qualidades técnicas do co-contratante, haveria de ter lançado mão de um concurso com prévia qualificação.

Quanto a esta invocação, falece igualmente.

Tal como decorre da matéria de facto apurada, a Entidade Adjudicante abriu um concurso público e não um concurso com prévia qualificação.

Como se defendeu no Ac. do TCAS n.º 08869/12, de 21-06-2012, nesta sede, de escolha do procedimento, as entidades adjudicantes gozam de uma ampla margem de discricionariedade, não havendo sindicar-se tal opção administrativa judicialmente, salvo por erro grosseiro ou manifesto (cf. no sentido da existência de uma margem de livre apreciação por banda das entidades adjudicantes na escolha do procedimento- A Formação dos Contratos Públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL. 2013. PP. 904-908)

A existência de tal erro não vem invocada nos autos e também não se verifica.

A circunstância de se ter introduzido na Clausula 16.º, al. a), do CE, a exigência da apresentação das certificações ISO, por si só também não conduz a que a escolha do procedimento encerre um erro notório, palmar ou de direito.

Aquela introdução reconduz-se, tão-somente, à verificação de uma cláusula ilegal, na qual se baseou a decisão sindicada, que por essa razão é também ilegal e como tal, tem de ser anulada.

Mais se esclareça, que na decisão recorrida entendeu-se violado o princípio da tipicidade procedimental, apenas por considerar-se que introduziu-se um momento relativo à qualificação dos concorrentes num concurso público, que o não admitia. Nessa decisão não se julgou violado tal princípio por a Entidade Adjudicante não ter optado por escolher um procedimento com prévia qualificação, não obstante as indicações que se foi fazendo à exigência da adopção deste último procedimento para poder ocorrer aquela qualificação.

Seja como for, nesta parte, não se acompanha o raciocínio decisório, pois, entende-se que a entidade adjudicante optou por escolher como o procedimento a adoptar o concurso público e estava na sua margem de discricionariedade assim fazê-lo. Quanto à exigência incluída na Cláusula 16.º, al. a), do CE, trata-se de uma cláusula ilegal, que por si mesma não implica a introdução na tramitação do concurso de uma verdadeira fase ou de um real momento de “qualificação”.

Por fim, como terceira razão para sindicar a decisão recorrida, vem o Recorrente alegar que mesmo que se entendesse como ilegal a cláusula constante da cláusula 16.º, al. a), do CE, não se pode decidir pressupondo o aproveitamento do procedimento e a colocação da S.... em 1.º lugar, mas haveria de determinar-se a anulação do próprio procedimento, porque aquela ilegalidade repercutiu-se relativamente a todos os concorrentes, devendo a decisão recorrida condenar a Entidade adjudicante na abertura de um novo procedimento com prévia qualificação.

Ora, aqui as alegações do Recorrente procedem parcialmente.

Como se disse, A. e ora Recorrida,, apresentou a presente acção peticionando, a título principal, apenas, a anulação da deliberação do CA do CHLO de 18-10-2017, a anulação do contrato celebrado com a S.... e a condenação do CHLO a determinar a exclusão da proposta da S.... e a graduação da proposta da

S.... em 1.º lugar.

Só a título subsidiário, no decaimento daqueles pedidos principais, é que a A. pediu a declaração da ilegalidade da alínea a), da Cláusula 16ª do CE, mantendo o pedido de condenação do CHLO a graduar a proposta da em 1.º lugar.

Ainda a título subsidiário, no decaimento dos anteriores pedidos, formulou a um pedido de indemnização por acto ilícito.

Apenas os pedidos formulados a título principal foram conhecidos pela decisão recorrida.

A não recorreu da sentença proferida, aceitando-a, portanto, na parte em que julgou prejudicado o conhecimento dos demais pedidos formulados a título subsidiário.

Na decisão recorrida, julgando-se que a procedência do pedido anulatório tinha por efeito a colocação da na posição de adjudicatária, por via da “represtinação” da deliberação do CA do CHLO, de 04-08-2017, entendeu-se, também, que não carecia de “pronúncia judicial autónoma” o pedido para condenação da graduação da proposta da em 1.º lugar.

Acontece, que a ilegalidade da cláusula 16.ª, al. a), do CE, que está na base da ilegalidade da deliberação do CA do CHLO, de 18-10-2017, repercute-se não apenas nesta última deliberação, mas em todas as anteriores deliberações tomadas no procedimento que tenham exigido a certificação ali indicada. Por conseguinte, porque a deliberação do CA do CHLO, de 04-08-2017, teve também por fundamento, ou aplicou, aquela cláusula ilegal, não poderá a mesma ser “represtinada” ou “aproveitada”, pois padece de (igual) invalidade consequente.

Como já foi decidido no Ac. do STA n.º 0993/12, de 30-01-2013: “Obtida a certeza de que a exigência de comprovativos de certificações ISO, (...), é ilegal, por violação do regime prevalente do CCP (art. 51º), fica por resolver a questão de saber quais são as consequências de tal ilegalidade, mormente se: (i) deve, pura e simplesmente, desaplicar-se aquele segmento do (...), passando-lhe um traço por cima, prosseguindo o procedimento como se o mesmo não existisse, como decidiu a entidade adjudicante e defendem as adjudicatárias, ora Recorrentes, ou (ii) se a ilegalidade implica a anulação do concurso público e o início de um novo procedimento.

Em sintonia com o acórdão recorrido que assim decidiu, entendemos que, no caso concreto, a solução legal passa pelo início de um novo procedimento.

É certo que o programa do concurso é um regulamento (art. 41º CCP) e que havendo, como há, antinomia normativa entre as normas do regulamento (programa do concurso) e as normas do CCP, compete à entidade adjudicante efectuar um autocontrolo do regulamento que ela própria elaborou e repor a legalidade, desaplicando a norma do programa do concurso que desrespeita o princípio da hierarquia normativa (arts. 112º e 266º/2 da CRP) (Assim, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in “ A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade”, p. 701.).

Todavia, “o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos exige (...), enquanto expressão da igualdade e da imparcialidade, que essa desaplicação da norma regulamentar inválida seja acompanhada da sua revogação simples, ou em alternativa, da sua substituição por uma nova norma conforme ao parâmetro normativo a que deve obediência”. (Citação de PAULO OTERO, in “Legalidade e Administração Pública, o Sentido da Vinculação Jurídica à Juridicidade”, p. 692)

O que significa que, no caso concreto, tratando-se de um regulamento ad hoc, (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, p. 135) sem vocação de aplicação sucessiva em outros procedimentos, a desaplicação da norma do nº 8 equivale à sua revogação simples e, do mesmo passo, consubstancia, como bem julgou o tribunal a quo, a alteração de uma das peças do procedimento [art. 40º/1/b) CCP], num dos seus aspectos essenciais (o da habilitação dos concorrentes).

E uma vez que a alteração teve lugar após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, a situação deve considerar-se enquadrável na previsão das normas do art. 79º/1/c), e 3 do CCP, determinante da não adjudicação e da obrigatoriedade de dar início a um novo procedimento.

No caso concreto, qualquer outra solução faria perigar os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência (art. 1º/4 do CCP), pois que como bem ajuizou o acórdão recorrido, não é objectivamente demonstrável que, no caso de ser conhecida de antemão a alteração que veio reduzir as condições a preencher pelo adjudicatário na fase de habilitação, não teria havido mais concorrência e propostas com melhores atributos. E sem essa demonstração, sem poder convencer-se de que o resultado final do procedimento seria inelutavelmente o mesmo, não pode o Tribunal aproveitar o acto, afastando o efeito invalidante da violação das normas que impõem a estabilidade das regras concursais. (Vide, a propósito, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública”, p. 32i9)

A mais disso, no caso concreto, não se descortinam razões para outra solução. Não se conhecem motivos de celeridade (urgência) e/ou outros relativos à prossecução do interesse público que justifiquem, em qualquer medida, a compressão dos princípios da concorrência, igualdade e transparência.”

Nestes termos, considerando que a Cláusula 16.º, al. a), do CE, é ilegal, não poderia a decisão recorrida bastar-se com a anulação da deliberação do CA do CHLO, de 18-10-2017 e considerar que a proposta da deveria ser a adjudicada, por força da anterior deliberação de 04-08-2017, ou considerar que por força daquela anulação ficou alcançada a pretensão da de ver graduada em 1.ª lugar a sua proposta, com a consequente adjudicação.

Isto porque, contrariamente ao raciocínio decisório que foi feito na decisão recorrida, daquela ilegalidade não pode resultar automaticamente a adjudicação da proposta da

Na verdade, a ilegalidade da Cláusula 16.º, al. a), do CE, vai implicar a ilegalidade da decisão impugnada, mas, em simultâneo, vai exigir o afastamento ou a não aplicação da referida da cláusula, com todos os efeitos legais. Esse afastamento implicará a alteração dos termos do concurso. Esta alteração repercutir-se-á, depois, igualmente, para os todos os concorrentes e também frente a todos aqueles operadores que tenham deixado de concorrer atendendo à exigência ali feita.

Basicamente, a conclusão pela ilegalidade da Cláusula 16.º, al. a), do CE, não pode conduzir, como se decide na sentença recorrida, à “represtinação” da deliberação de 04-08-2017 e à adjudicação da proposta à S.....

Ao publicitar o concurso com a indicada Cláusula 16.º do CE, a Entidade Adjudicante informou o mercado que sem a certificação ISO ali indicada, considerava que as empresas concorrentes não estariam em condições de serem habilitadas. Portanto, aquela exigência foi publicitada como um aspecto fundamental

das peças do concurso. Consequentemente, a indicada exigência terá condicionado as empresas a operar no mercado, pressupondo-se que só poderiam ficar habilitados no concurso aquelas que fossem titulares da requerida certificação.

Ademais, como resultam dos factos provados, foi por não ter comprovado aquela certificação que uma outra concorrente, a....., foi excluída.

Decorre da aplicação conjugada dos artigos 50.º, n.º 3 e 79.º, n.ºs. 1, al. c), 2, 130.º, 132.º, n.º 1, al. f), do CCP, que as peças do concurso, nos seus aspectos fundamentais, para além das rectificações a efectuar até ao termo do segundo terço do prazo para a apresentação das propostas, não-de manter-se estáveis.

Assim, considerando-se ilegal a referida Cláusula 16.º, al. a), do CE, exige-se não apenas que se determine a anulação da do CA do CHLO, de 18-10-2017, mas, ainda, que o CHLO, em reconstituição da situação conforme a legalidade, venha a repetir todo o concurso desde o momento da sua publicitação, para que se garanta que os princípios norteadores da contratação pública - da igualdade, da concorrência e da transparência - não são violados (cf. a este propósito o Ac. do TCAS n.º 08869/12, de 21-06-2012 e CABRAL, Margarida Olazabal - "Habilitação v. qualificação e as consequências da exigência de requisitos ilegais (art.º 51.º do CCP) Acórdão do supremo tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 30-1-2013, P. 993/12", in Justiça Administrativa, n.º 109, Jan/Fev, 2015).

Portanto, a decisão recorrida errou quando considerou prejudicado o conhecimento do pedido de condenação do CHLO a graduar a proposta da em 1.º lugar por tal pedido decorrer directa e imediatamente da invalidação da deliberação do CA do CHLO, de 18-10-2017.

Como se explicou, da indicada invalidação não resulta a graduação da proposta da em 1.º lugar.

Entretanto, constatada a invalidade da cláusula 16ª, al. a), do CE, ainda que a título incidental (porque a declaração da invalidade de tal norma não vinha requerida a título principal pela A. e ora Recorrida), verificado que o concurso ficou inquinado ab initio, não podia proceder o pedido formulado na parte final da alínea c) da PI, isto é, teria de claudicar o pedido de condenação ao CHLO a graduar a proposta da em 1.º lugar.

Em conclusão, há que dar procedência ao recurso nesta parte e julgar improcedente o pedido de condenação do CHLO a graduar a proposta da em 1.º lugar, por a invalidade da cláusula 16ª, al. a), do CE, conduzir à obrigação do CHLO de repetir todo o procedimento desde os seus termos iniciais, expurgado daquela cláusula ilegal, não estando certo que dessa repetição vá resultar a graduação da proposta da em 1.º lugar.

III- DISPOSITIVO

Pelo exposto, acordam:

- em conceder provimento parcial ao recurso interposto, confirmando a decisão recorrida, com a fundamentação ora adoptada, mas anulando-a na parte em que considerou prejudicado o conhecimento do pedido de condenação do CHLO a graduar a proposta da em 1.º lugar e, em substituição, julga-se improcedente o referido pedido;
- mantém-se as custas fixadas em 1.ª instância e respectiva proporção do decaimento e fixam-se as custas

de recurso pelo Recorrente e pela S....., Recorrida, na proporção do decaimento que se fixa em 80% e 20% respectivamente (cf. art.ºs. 527.º n.ºs 1 e 2 do CPC, 7.º, n.º 2 e 12.º, n.º 2 do RCP e 189.º, n.º 2 do CPTA).

Lisboa, 11 de Julho de 2018.

(Sofia David)

(Nuno Coutinho)

(José Correia)

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