



Quinta-feira, 14 de Dezembro de 2017

ID	374984
Nº Processo	2870/2014
Decisão-Tipo	Acórdão
Origem	Tribunal Central Administrativo Sul
Data	2017-11-23
Texto	<p>ACORDAM, EM CONFERÊNCIA, NA SECÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL:</p> <p>I - RELATÓRIO V..... PORTUGAL....., S.A., intentou no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa ação administrativa de contencioso pré-contratual contra BANCO DE PORTUGAL, indicando como contra-interessados O. Infocomunicações, S.A. (de ora em diante O., adjudicatária, Contra-interessada ou CI), e outras empresas. A pretensão formulada foi o seguinte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - anulação da decisão de adjudicação do objeto do “Concurso Público para Aquisição de Serviços de Comunicações “MPLS” para a Infraestrutura da Rede WAN do Banco de Portugal” – Procedimento DOI005414CPC” à proposta da C I, bem como da decisão da entidade adjudicante que “rejeitou” a impugnação administrativa da decisão de adjudicação, - anulação de todos os atos e formalidades subsequentes, incluindo o próprio contrato, no caso de ter, entretanto, sido celebrado, e ainda - a condenação do BdP a adotar os atos e operações necessários à reposição da ordem jurídica violada, designadamente a excluir a proposta da CI e a (re)ordenar a proposta da Autora como primeira classificada, adjudicando-lhe o objeto do concurso, - e, caso não sejam atendidos aqueles pedidos, a condenação do BdP a declarar a caducidade da adjudicação feita à proposta da CI, por ter esta apresentado um dos documentos de habilitação fora do prazo que lhe foi fixado para o efeito, e a consequente adjudicação do objeto do concurso à proposta da Autora – tudo com fundamento na ilegalidade da decisão de adjudicação, traduzida na violação dos arts 6º, n.º 5, do Programa de Concurso (PC), 146º, n.º 2, al. n), e 70º, n.º 2, al. b) e c), ex vi al. o) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, bem como dos princípios da igualdade, da transparência, da concorrência, da certeza e segurança jurídicas e da tutela da confiança, por não ter sido excluída a proposta da adjudicatária O., em virtude de esta não ter apresentado o cronograma de instalação e operacionalização da infraestrutura, e na violação do art.º 86º, n.ºs 1, al. a), e 4, do CCP, por não ter sido declarada a caducidade da adjudicação à proposta da O..... - e decidida a consequente adjudicação à proposta da requerente, graduada em segundo lugar, pelas razões que a Autora concretiza e desenvolve na petição inicial (p.i.). <p>Por sentença de 9 de agosto do corrente ano de 2017, o referido tribunal veio a prolatar decisão, absolvendo os demandados dos pedidos.</p> <p>* Inconformada com tal decisão, a AUTORA interpôs o presente recurso de apelação, formulando na sua alegação as seguintes conclusões: « Texto no original »</p> <p>* O recorrido BdP contra-alegou, concluindo assim: « Texto no original »</p> <p>* O magistrado do M.P. junto deste tribunal foi notificado para se pronunciar em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, como previsto no nº 1 do art. 146º. Cumpridos os demais trâmites processuais, importa agora apreciar e decidir em conferência.</p> <p>* DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO RECURSO: Cabe sublinhar que os recursos, sendo dirigidos contra a decisão do tribunal recorrido e respetivos fundamentos, têm o seu âmbito objetivo delimitado pelo recorrente nas conclusões da sua alegação de recurso (cfr. artigos 144º/2 e 146/4 do CPTA, 5º, 608º/2, 635º/4/5, e 639º do CPC/2013, “ex vi” artigos 1º e 140º do CPTA), alegação que apenas pode incidir sobre as questões de facto e ou de direito que tenham sido apreciadas pelo tribunal recorrido ou que devessem ser aí oficiosamente conhecidas. Por outro lado, nos termos do artigo 149.º do CPTA, o tribunal “ad quem”, em sede de recurso de apelação, não se limita a cassar a decisão judicial recorrida, porquanto, ainda que a revogue, anule ou declare nula, deve decidir o objeto da causa apresentada ao tribunal “a quo”, conhecendo de facto e de direito, desde que se mostrem reunidos nos autos os pressupostos e condições legalmente exigidos. As questões a resolver neste recurso contra a decisão recorrida são identificadas no ponto II.2, onde as apreciaremos.</p> <p>* II - FUNDAMENTAÇÃO II.1 - FACTOS PROVADOS segundo o tribunal recorrido</p>

II.1 - FACTOS PROVADOS segundo o tribunal recorrido

A. Por deliberação da Comissão Executiva para os Assuntos Administrativos e de Pessoal, tomada em 12 de junho de 2014, o Banco de Portugal lançou o procedimento de concurso público para aquisição de serviços de comunicação "MPLS" para a infraestrutura da rede WAN do Banco de Portugal – Procedimento DOI005414CPC" (v. PA);

B. O anúncio do procedimento foi publicado no Diário da República, 2ª série, n.º 113, de 16 de junho de 2014, e no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), TED-publication 204865-2014-PT, de 19 de junho de 2014;

C. Dentro do prazo fixado para o efeito apresentaram proposta as seguintes concorrentes: P..... – Comunicações, S.A., O..... – I....., S.A., V..... Portugal..... S.A., N..... – Comunicações, S.A., e Ar Acessos e Redes de Telecomunicações, S.A. (v. no PA a ata da reunião do Júri de 29 de julho de 2014, na qual se procedeu à abertura das propostas);

D. A Autora e a Contra-interessada O. apresentaram as propostas juntas à ata referida em C) e cujos teores se dão por reproduzidos;

E. Tendo procedido à análise e avaliação das propostas recebidas, o Júri do procedimento propôs no relatório preliminar, datado de 19 de agosto de 2014, a seguinte ordenação das propostas: 1º - O.....; 2º - V.....; 3º - N..... – Comunicações, S.A.; 4º Ar S.A.; 5º - P..... Comunicações, S.A. (v. o relatório preliminar do Júri no PA);

F. O relatório preliminar foi notificado a todos os concorrentes em 26 de agosto de 2014, para efeitos de audiência prévia (doc. 5 junto ao requerimento inicial do processo cautelar n.º 2768/14.8BELSB e cujo teor se dá por reproduzido; alegação não impugnada);

G. No dia 2 de setembro de 2014 a V..... pronunciou-se propugnando pela "exclusão da Proposta da Concorrente O." e bem assim pela "reordenação das propostas admitidas, propondo, como é devida, a adjudicação da proposta da V....." (v. as alegações no PA e que constituem o doc. 6 junto ao requerimento inicial e cujo teor se dá por reproduzido);

H. No relatório final, datado de 29 de setembro de 2014, o Júri do procedimento ponderou as observações da concorrente V....., tendo mantido o teor e as conclusões do relatório, pelos fundamentos que naquele aduziu (v. no PA o relatório final, junto ao requerimento inicial da providência cautelar como doc. 7 e cujo teor se dá por reproduzido).

I. Em 17 de Outubro de 2014 os concorrentes foram notificados da decisão de adjudicação;

J. Bem como da data limite para a entrega pela adjudicatária O..... dos documentos de habilitação, 2014-10-24 (doc. 7 cit.);

K. No dia 21 de outubro de 2014 a O. submeteu os documentos de habilitação (doc. 1 junto à contestação desta contra-interessada e cujo teor se dá por reproduzido);

L. Em 24 de Outubro de 2014 a Autora impugnou administrativamente, mediante reclamação, a decisão de adjudicação (v. no PA a "reclamação administrativa", também junta ao requerimento inicial da providência cautelar acima referida como doc. 8 junto e cujo teor se dá por reproduzido);

M. Em 28 de Outubro de 2014 o Banco de Portugal notificou os restantes concorrentes, nos termos do art.º 273º do CCP, para se pronunciarem, querendo, sobre a impugnação administrativa apresentada pela Autora (doc. 9 junto ao requerimento inicial da providência cautelar acima referida e cujo teor se dá por reproduzido);

N. Em 11 de Novembro de 2014 a V. foi notificada da decisão pela Comissão Executiva para os Assuntos Administrativos e de Pessoal do Banco de Portugal a "rejeitar" a impugnação administrativa apresentada pela requerente (v. no PA a notificação, também junta ao requerimento inicial da providência cautelar acima referida como doc. 10 e cujo teor se dá por reproduzido);

O. Na mensagem do BdP dirigida à ONI e colocada na plataforma em 2014-11-13 às 18:18:42 é comunicado o seguinte:
 "Da análise efetuada aos documentos de habilitação, verifica-se que a licença apresentada não está conforme o solicitado na alínea f) do número 1 do artigo 15.º do programa de concurso. Solicitamos a apresentação do documento em conformidade com o referido artigo. Relembramos que devem ser retirados todos os documentos apresentados e que devem voltar a submeter todos, juntando o documento acima referido. Informamos que o prazo para apresentar os documentos de habilitação será prorrogado até ao próximo dia 19 de novembro" (doc. 3 junto à contestação da contra-interessada O..... e cujo teor se dá por reproduzido);

P. O que veio a acontecer (doc. 2 junto à contestação da contra-interessada O. e cujo teor se dá por reproduzido);

Q. A licença em causa era a Licença n.º ICP –...../1999 – RPT, uma licença de operador de serviços de redes públicas de telecomunicações emitida pelo ICP – ANACOM e revalidada pela Declaração n.º ICP-ANACOM 10/2014, emitida pela mesma autoridade reguladora em 13 de maio de 2014 e ora junta à contestação da contra-interessada O. como anexo do doc. 4, cujo teor se dá por reproduzido);

R. Os n.ºs 1 e 5 do art.º 6º do Programa do Concurso (PC) são do seguinte teor:
 "1. A proposta deve ser constituída pelos seguintes documentos:
 Declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I ao Código dos Contratos Públicos (CCP), do qual faz parte integrante, devidamente assinada pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar;
 Documentos que contenham os seguintes elementos:
 Especificações técnicas da solução, em conformidade com os requisitos indicados no Anexo ao Caderno de Encargos;
 Custo total da solução para a duração do contrato, considerado um prazo total de vigência de 36 meses, de acordo com o estabelecido no n.º 2, da Cláusula 3.ª do Caderno de Encargos;
 Discriminação de todos os encargos a suportar pela entidade adjudicante, devendo os montantes indicados, nomeadamente o valor mensal fixo pela exploração da solução, ser detalhados em

valores unitários, mencionando expressamente que ao preço total acresce o IVA, entendendo-se, na falta daquela menção, que o preço apresentado não inclui aquele imposto;

Ficheiro Excel elaborado de acordo com os requisitos que constam do Anexo II ao presente Programa, preenchido com os preços unitários propostos, em euros por mês para cada um dos circuitos e suas características técnicas, não podendo esses valores (preços e características técnicas) apresentar divergências relativamente ao quadro mencionado no item seguinte;

Quadro impresso com o tarifário proposto, de acordo com os requisitos apresentados no Anexo II do presente Programa, com os valores unitários expressos em euros por mês para cada um dos circuitos e suas características técnicas, não podendo esses valores (preços e características técnicas) apresentar divergências relativamente ao ficheiro Excel mencionado no item anterior. Em caso de divergência prevalecem os valores no quadro impresso;

Prazo de entrega e implementação (mencionado em dias contínuos), não podendo ser superior a 56 (cinquenta e seis) dias contínuos a contar da data de celebração do contrato, acompanhado de um cronograma detalhado da instalação e operacionalização da infraestrutura tendo em conta as diferentes fases do projeto: instalação e aprovisionamento dos circuitos e/ou equipamentos por cada um dos sites, configuração, testes e entrada em produção;

Contactos do gestor de cliente responsável pelo contrato e dos serviços de assistência técnica.

Termo de confidencialidade constante do anexo VI ao presente Programa de Concurso, devidamente assinada pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar.

...

5. A não apresentação dos documentos nas condições referidas no número anterior implica a exclusão da proposta”;

S. O art.º 13º do PC tem o seguinte teor:

“1. A adjudicação será feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com o modelo de avaliação das propostas constante no Anexo I ao presente Programa de Concurso, do qual faz parte integrante.

2. Se, após a aplicação do critério de adjudicação definido no número anterior se verificar que duas ou mais propostas apresentam o mesmo resultado, serão aplicados os seguintes critérios de desempate, pela ordem seguidamente indicada:

Será ordenada em primeiro lugar aquela que apresentar o menor preço para os serviços de comunicações MPLS.

Se após a aplicação do critério de desempate constante da alínea anterior se verificar que duas ou mais propostas continuam a apresentar o mesmo resultado, será considerado como fator de ordenação das mesmas o momento da respetiva apresentação na plataforma eletrónica, sendo ordenada em primeiro lugar a que for apresentada mais cedo”;

T. Na parte que tem interesse para a decisão, o teor do Anexo I do PC é o seguinte:

“Modelo de Avaliação
Fatores e Subfactores
Condições Técnicas - Infraestrutura / Características Físicas da Rede – Visa avaliar o potencial de oferta da infraestrutura da rede proposta, de acordo com as condições técnicas constantes no Anexo ao Caderno de Encargos, nomeadamente o tipo de circuitos propostos e da redundância dos mesmos por via da ligação aos diversos PoPs (Point of Presence), de acordo com o constante da Secção II, do Anexo ao Caderno de Encargos Este critério tem uma ponderação global de 30%, com a seguinte distribuição: 15% para o subcritério 1.1 e 15% para o subcritério 1.2.

Tipo de ligação ao PoP do Operador (Fibra Ótica / Cobre / Feixe)
– avalia o tipo de circuito proposto (principal ou secundário) para os 12 nós onde essa possibilidade é colocada¹, de acordo com a Tabela 1 constante do ponto 4, Secção II do Anexo ao Caderno de Encargos. A valoração será dada numa escala contínua de 1 (um) a 5 (cinco) de acordo com o tipo / número de circuitos propostos.

...

Redundância de links por PoPs diferentes – avalia o número de nós servidos por PoPs distintos em cada tipo de circuito proposto (principal ou secundário) para o total dos 12 nós onde essa possibilidade é colocada², de acordo com a Tabela 1 constante do ponto 4, Secção II do Anexo ao Caderno de Encargos. A valoração será dada numa escala contínua de 1 (um) a 5 (cinco).

...

Preço - Valor total para a prestação do Serviço para um contrato a 36 meses – Visa avaliar a proposta financeira para a prestação dos serviços, tendo em conta um contrato a 36 meses. A valoração será dada numa escala contínua atendendo a que o valor total apresentado nas propostas não deve ser igual ou inferior a 175.000,00 € nem superior a 350.000,00 €. Este fator tem uma ponderação de 70%”;

U. Na sua proposta a O.....indicou como prazo de execução do contrato 50 dias (v. PA);

V. Na nota justificativa de preço anormalmente baixo a concorrente O.justifica o preço que apresentou “pelo facto de a O.....já ter nas imediações dos locais de instalação dos serviços a infraestrutura necessária à prestação do serviço objeto do procedimento, pelo que não necessita de incorporar no preço apresentado o valor correspondente ao custo relativo à construção das mencionadas infraestruturas, havendo, assim, uma economia no processo de instalação e construção especialmente significativa, nos termos da alínea a) do nº 4 do art 71º do Código dos Contratos Públicos” (v. PA);

W. A O.....é a empresa que atualmente presta os serviços (consenso das partes);

X. A O.....não apresentou cronograma da instalação e operacionalização da infraestrutura (alegação não impugnada, antes admitida implicitamente);

Y. Em 21 de Julho foi proferido nos autos o seguinte despacho:

“Por se afigurar necessária ao esclarecimento de questões centrais de ordem técnica que permanecem controvertidas e considerando que as partes estão de acordo quanto à utilidade da sua realização, ordeno a produção de prova pericial, tendo por objeto os seguintes quesitos:

– Objeto

1º - A O....., entidade que atualmente assegura os serviços de comunicações MPLS objeto deste concurso desde 1 de novembro de 2011, tem todos os circuitos instalados e a funcionar?
2º - No caso de lhe ser adjudicado o objeto do concurso, a O.não necessita de proceder à instalação e operacionalização da infraestrutura?
3º - Existem alterações entre a proposta apresentada pela então concorrente ONI no concurso lançado pelo Banco de Portugal em 2010 e a atual proposta de 2014, nomeadamente as “alterações de débito de circuitos” mencionados nos artigos 33º e 34º da petição inicial e as “alterações de „upgrade, nas bandas largas disponibilizadas”, mencionadas nos artigos 37º e 38º da petição inicial?
4º - No caso de existirem, as alterações referidas no quesito 3º implicam instalações, configurações, testes e um plano para a sua execução bem como um cronograma para essas ações?
5º - Os “trabalhos”/ações mencionados no quesito 4º requerem planeamento e interrupção dos serviços atualmente disponibilizados?
6º - As “evoluções” que ocorreram, e os “ajustamentos” a que deram origem, registaram-se no decurso normal do contrato até aqui em vigor e traduziram-se num aumento de largura da banda e na alteração da configuração da própria rede?
7º - A descrição da infraestrutura feita nas peças concursais do procedimento em causa corresponde à infraestrutura atualmente existente?
- Local da perícia: todos os locais abrangidos pelo objeto do concurso.
- Prazo para apresentação do relatório pericial: por se tratar de um processo urgente, 30 dias, a contar da data da notificação da nomeação.
- Data do início da diligência: a designar após a nomeação do perito.
- Uma vez que o Juiz não assistirá à realização da diligência e considerando o disposto no n.º 3 do art.º 479º do CPC, o compromisso a que se refere o n.º 1 do mesmo artigo será prestado no laudo. Notifique a Ordem dos Engenheiros para, em 10 dias, indicar um engenheiro que reúna, cumulativamente, os seguintes requisitos, para ser nomeado perito:
Licenciatura em Engenharia de Telecomunicações;
Mínimo de cinco anos de experiência profissional em funções de manutenção de rede de dados e tecnologias de acesso;
Conhecimentos em meio de transmissão e terminação de acessos. Notifique este despacho às partes”;
Z_ Aos quesitos objeto da prova pericial o Perito respondeu da seguinte forma:
(Texto no original)

*

II.2 - APRECIÇÃO DO RECURSO

Tendo presentes as conclusões das alegações do recurso, cumpre-nos apreciar o seguinte:
- erro de julgamento (omissão de pronúncia?) do TAC quando não aceitou apreciar o invocado supervenientemente pela recorrente de que o preço da adjudicatária – atual incumbente - não incorporou os custos com a entrega e implementação da infraestrutura em causa; para a recorrente, aquilo seria uma mera decorrência ou concretização dos argumentos invocados nos artigos 22º ss da p.i., não estando, pois, em crise os artigos 91º/5 do CPTA e 195º/1 do CPC; o preço apresentado pela atual incumbente (v. factos V e Z e artigo 57º/1-d) do CCP) resulta de uma situação de vantagem inaceitável, contra a igualdade de oportunidades, a comparabilidade das propostas e o princípio da concorrência (sã e justa) (artigo 1º/4 do CCP; Ac. do STA de 22-04-2009, p. nº 0881/08); (1)
- erro de julgamento, com violação dos artigos 70º/2-b)-c), 146º/2-d)-o) e 57º/1 do CCP e do artigo 6º/1 do PP, a propósito da não apresentação do exigido cronograma pela C-I, sendo certo que a C-I apresentou um prazo de 50 dias para a atividade de entrega e implementação da infraestrutura em causa (v. facto U), que diz nas imediações dos locais de instalação dos serviços; (2)
- erro de julgamento do TAC, com violação do artigo 86º do CCP, quando admite como irrelevante e sanável, em sede de fase de habilitação, o facto de a C-I ter junto, em sede de documentos exigidos no artigo 15º do PP, a licença para a atividade já caducada, sanação depois feita no prazo dado pelo júri, uma vez que já anteriormente tinha licença válida.

*

Nunca é demais sublinhar que na decisão jurisdicional, o tribunal, no pressuposto da existência prévia de lei no sentido do artigo 1º/2/1ª parte do Código Civil, deve proceder a várias operações consecutivas relativas à correção externa e à correção interna da sua decisão:
(1ª) a obtenção legal racional da premissa menor da sentença, isto é, da factualidade relevante;
(2ª) a interpretação jurídica prescritiva das fontes de direito objetivo, de acordo com os artigos 9º e 10º do Código Civil (3), orientada pela CRP (em que o tribunal deve ter particular contenção na utilização do delicado argumento teleológico-objetivo, devido aos artigos 3º/3, 111º/1, 203º e 204º da CRP), para obtenção da premissa maior da sentença, o direito objetivo aplicável; e, finalmente,
(3ª) a escolha racional-prática da solução que, no estrito espectro das possibilidades reveladas pelo direito objetivo aplicável, (i) seja aceitável de um ponto de vista jurídico-racional e (ii) possa ser generalizável para casos análogos futuros (cf. artigos 2º, 13º e 202º ss da CRP e artigos 9º ss do Código Civil).

*

Passemos, agora, à análise do mérito do recurso.

1 – Sobre o erro de julgamento (omissão de pronúncia?) do TAC quando não aceitou apreciar o invocado, supervenientemente, pela recorrente de que o preço proposto pela adjudicatária – atual incumbente - não incorporou os custos com a entrega e implementação da infraestrutura em causa para o serviço a prestar
Para a recorrente, aquilo seria uma mera decorrência ou concretização dos argumentos invocados nos artigos 22º ss da p.i., não estando, pois, em crise os artigos 91º/5 do CPTA (Nas alegações pode o autor invocar novos fundamentos do pedido, de conhecimento superveniente, ou restringi-

los expressamente e deve formular conclusões) e 195º/1 do CPC. Com efeito, o preço apresentado pela atual incumbente (v. factos V e Z e o artigo 57º/1-d) do CCP (4)) resulta de uma situação de vantagem, qual seja a de a C-I ter já nas imediações do local a infraestrutura necessário ao serviço, pois ela é a atual contratada.

Para a recorrente, isto vai contra a igualdade de oportunidades, a comparabilidade das propostas e o princípio da concorrência (sã e justa) (cf. artigo 1º/4 do CCP; Ac. do STA de 22-04-2009, p. nº 0881/08 (5)).

Mas a questão que neste ponto se discute é outra. Trata-se de saber se o tribunal devia ou não analisar que o preço proposto pela adjudicatária – atual incumbente - não incorporou os custos com a entrega e implementação da infraestrutura em causa para o serviço a prestar.

Só que tal não se configura nem como uma questão a resolver, nem como um novo fundamento do pedido. Trata-se de mais um argumento apenas, relativo à lícita ou ilícita formação do preço global proposto pela C-I, num procedimento de contratação administrativa cujo critério de adjudicação foi o da proposta economicamente mais vantajosa.

De onde resulta que o TAC errou ao ver tal argumento pelo prisma do novo fundamento da pretensão apresentada na p.i. (artigo 95º/1 do CPTA/2002) e que a recorrente não tem razão ao ver a omissão do tribunal a quo como um erro de direito. Ou como uma omissão de pronúncia.

Tratou-se de mais um argumento da autora e recorrente. Que o tribunal não levou em conta.

A isto o BdP responde que a recorrente já sabia da situação preexistente da C-I, sendo de boa fé não a invocar contra os demandados. Que a vantagem comparativa de que é o mais recente e atual cocontratante não pode ser injusta, tendo ainda presente o artigo 71º do CCP (6).

Porém, o artigo 71º/4 do CCP não se reporta ao tipo de situação em apreço, muito menos a al. a), onde “economia” não se refere a poupança ou a economizar.

E um concorrente ter uma vantagem prévia in concreto, “por causa de” e “para o” objeto da contratação é, na contratação pública, sempre injusta. E sempre violadora do artigo 1º/4 do CCP.

Como veremos a seguir, é argumento pertinente para uma questão a resolver.

Além disso, não se pode ignorar que não é de somenos incorporar ou não incorporar no preço proposto “os custos da entrega e implementação da infraestrutura em causa” para o serviço concursado, independentemente de tal entrega e implementação ser preexistente no próprio local da entidade adjudicante (no caso presente, o local do preexistente são “as imediações” do local do novo contrato; vd. factos provados).

2 – Sobre o erro de julgamento, com violação dos artigos 70º/2-b)-c) (7), 146º/2-d)-o) (9) e 57º/1 (9) do CCP e do artigo 6º/1 do PP, a propósito da não apresentação do exigido cronograma pela C-I A C-I vencedora não apresentou o cronograma (da entrega e implementação da infraestrutura em causa para o serviço a prestar) exigido como documento obrigatório no artigo 6º/1 do PP. Sendo certo, ainda, que a C-I apresentou um prazo de 50 dias para a atividade de entrega e implementação da infraestrutura em causa (v. facto U), que diz ter nas imediações dos locais de instalação dos serviços.

Sobre a não junção do documento obrigatório “cronograma”, sendo certo que o prazo máximo aceite era de 56 dias, o tribunal recorrido considerou que o documento não conteria um atributo das propostas, não devendo por isso ser motivo de exclusão. Como se documentos obrigatórios fossem só os da comparabilidade.

E também considerou que a razão de ser da exigência do cronograma implicava que a C-I não o tivesse de apresentar, uma vez que a C-I já lá estava a executar o contrato anterior, assim lá tendo já a infraestrutura.

Pelo que não haveria que aplicar os artigos 146º/2-d) e 57º/1-c) do CCP.

Ora, o decisivo é que estas disposições legais são injuntivas. Tal como injuntiva é a previsão de exclusão da proposta que não respeitasse aquela exigência (artigo 6º do PP). Irrelevando por isso a opinião dos peritos.

Assim, tendo presente (i) tal natureza injuntiva clara de tais normas, bem como (ii) o facto de que não se demonstrou que a infraestrutura preexistente é igual à necessária ao novo contrato, (iii) nem que está no mesmo local – aliás, a c-i refere-se às imediações do local, dizíamos, tendo isso presente, bem como ainda que (iv) a c-i indicou para tal entrega e implementação da infraestrutura um prazo (de 50 dias), é forçoso concluir o seguinte:

- não é certo que a infraestrutura necessária ao novo contrato seja igual à preexistente, nem que seja essa preexistente;

- a C-I não entregou um documento obrigatório, aliás, relacionado com um prazo por ela indicado.

Por tudo isto, a proposta da O..... devia ter sido excluída, ao abrigo do artigo 6º do PP e dos artigos 146º/2-d) e 57º/1-c) do CCP.

Sobre a grande importância, que também conferimos ao artigo 57º do CCP, cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, CCP Comentado e Anotado, 5ª ed., anot. ao artigo 57º, bem como ao artigo 146º.

Procede, assim, este ponto das conclusões do recurso.

Mas o recurso coloca outra questão, já relativa à fase da qualificação.

3 – Sobre o erro de julgamento do TAC, com violação do artigo 86º do CCP (10), quando admite como irrelevante e sanável, em sede de fase de habilitação, o facto de a C-I ter junto, em sede de documentos exigidos no artigo 15º do PP, a licença para a atividade já caducada

Está provado que a C-I não entregou a licença válida para o exercício da atividade, exigida no artigo 15º do PP.

Porém, depois do prazo regulamentar e já no âmbito de uma prorrogação de tal prazo, terá ocorrido uma suposta sanção após iniciativa do júri, surgindo a final uma licença válida já desde data anterior ao prazo fixado no procedimento, a que se refere o artigo 86º/1 do CCP.

Sobre a apresentação da licença de atividade não válida, caducada, o TAC considerou, tendo ainda presentes os artigos 86º do CCP e 15º/1-f) do PP, que seria desproporcionado excluir a proposta, já que, no prazo suplementar dado pelo júri, a C-I veio a apresentar licença de atividade já válida antes da data de apresentação normal.

Não podemos sufragar tal tese.

É que o artigo 86º do CCP e a obrigatoriedade decorrente do artigo 15º do PP são claros. Não podem os tribunais substituir-se à letra e ao espírito das leis, apenas por as acharem excessivas para o caso concreto. Onde há legalidade e legalidade administrativa, não há nem equidade, nem interpretação corretiva, naturalmente sem prejuízo da CRP.

Com efeito, a entrega da licença válida no prazo fixado no PP, não ocorrida aqui, era condição expressa de não caducidade da adjudicação, como resulta do artigo 86º/1-a) do CCP.

Mas há mais. Por outro lado, o júri errou na aplicação do artigo 86º/2/3 do CCP.

É que o nº 2, onde se refere um prazo de 5 dias (igual ao da prorrogação aqui concedida) diz respeito apenas à audiência prévia, já com um projeto de decisão, como resulta do CPA.

E o nº 3 refere-se à prorrogação do prazo referido no nº 1 nos casos em que a situação não seja imputável ao adjudicatário. Ora, como aqui a apresentação da licença caducada em vez da licença válida é obviamente imputável à sua titular e apresentante, a C-I adjudicatária, o júri nunca poderia ter prorrogado o prazo como fez.

Cf. assim JORGE ANDRADE DA SILVA, CCP Comentado e Anotado, 5ª ed., anot. ao artigo 86º. Ao que sabemos, o STA ainda não abordou esta concreta questão.

Pelo que nunca a C-I poderia ter corrigido o seu erro inicial e nunca poderia ter deixado de ver a adjudicação caducar, ao abrigo do artigo 86º do CCP.

Procede, assim, também este ponto das conclusões do recurso.

Em síntese: a adjudicação foi ilegal e cabia à ora recorrente; subseqüente haverá que aplicar o nº 4 do artigo 86º do CCP.

*

III - DECISÃO

Por tudo quanto vem de ser exposto e de harmonia com os poderes conferidos no artigo 202º da Constituição, acordam os juizes deste Tribunal Central Administrativo Sul em, concedendo provimento ao recurso,

-Julgá-lo procedente,

-Revogar a sentença e, conhecendo em substituição,

-Anular o ato administrativo de adjudicação impugnado, bem como todos os atos jurídicos subseqüentes, e

-Condenar o réu a, no prazo de cinco dias seguidos, adjudicar o contrato à ora recorrente e a prosseguir para a fase procedimental seguinte como previsto no artigo 86º, nº 4, do CCP.

Custas a cargo dos demandados contestantes na 1ª instância e a cargo do BdP neste T.C.A. Sul.

Lisboa, 23-11-2017

Paulo H. Pereira Gouveia, relator

Catarina Jarmela

Conceição Silvestre

(1) A isto o BdP responde que a recorrente já sabia da situação preexistente da c-i, sendo de boa fé não a invocar contra os demandados. Que a vantagem comparativa de que é o mais recente e atual cocontratante não pode é ser injusta, tendo ainda presente o artigo 71º do CCP.

(2) A isto o BdP responde era imposto, mas que o cronograma seria redundante no caso da c-i, pois esta já estava a executar um contrato, tendo assim já no local a infraestrutura. Que é irrelevante o facto de a c-i ter concorrido indicando para a instalação da infraestrutura o prazo de 50 dias, até porque qualquer prazo inferior a 56 dias era aceite pelo PP e pelo BdP

(3) Enunciados normativos cujo melhor lugar seria a Constituição.

(4) Artigo 57º

1 - A proposta é constituída pelos seguintes documentos: ... d) documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resulte, direta ou indiretamente, das peças do procedimento.

(5) I- As disposições atinentes à publicitação e objetividade dos atos de seleção no âmbito dos procedimentos concursais do funcionalismo público visam assegurar a transparência e a imparcialidade da atuação administrativa, de molde a cumprir os princípios enunciados no n.º 2 do art.º 266 da CRP e também no art.º 5º e 6.º do CPA.

II- A violação dos referidos princípios não está dependente da prova de concretas atuações parciais, bastando que haja o perigo de que tal possa acontecer.

(6) Artigo 71º

1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 115.º, no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 189.º, quando o preço base for fixado no caderno de encargos, considera-se que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando seja:

a) 40 ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas;

b) 50 ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos.

2 - Quando o caderno de encargos não fixar o preço base, bem como quando não se verificar qualquer das situações previstas no n.º 3 do artigo 115.º, no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 189.º, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar, para os efeitos do disposto no número seguinte, a decisão de considerar que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo.

3 - Nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento no facto de dela constar um preço total anormalmente baixo sem antes ter sido solicitado ao respetivo concorrente, por escrito, que, em prazo adequado, preste esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito.

4 - Na análise dos esclarecimentos prestados pelo concorrente nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º ou do número anterior, pode tomar-se em consideração justificações inerentes, designadamente:

a) À economia do processo de construção, de fabrico ou de prestação do serviço;

b) Às soluções técnicas adotadas ou às condições excecionalmente favoráveis de que o concorrente comprovadamente disponha para a execução da prestação objeto do contrato a celebrar;

c) À originalidade da obra, dos bens ou dos serviços propostos;

d) Às específicas condições de trabalho de que beneficia o concorrente;

e) À possibilidade de obtenção de um auxílio de Estado pelo concorrente, desde que legalmente concedido.

(7) Artigo 70º

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

2 - São excluídas as propostas cuja análise revele:

a) Que não apresentam algum dos atributos, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 57.º;

b) Que apresentam atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, sem prejuízo do disposto nos n.os 4 a 6 e 8 a 11 do artigo 49.º;

c) A impossibilidade de avaliação das mesmas em virtude da forma de apresentação de algum dos respetivos atributos;

d) Que o preço contratual seria superior ao preço base;

e) Um preço total anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados ou não tenham sido considerados nos termos do disposto no artigo seguinte;

f) Que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis;

g) A existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência.

3 - A exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto nas alíneas e) e g) do número anterior deve ser imediatamente comunicada à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, igualmente ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P.

4 - A exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na alínea e) do n.º 2 deve ser comunicada à Comissão Europeia, desde que o anúncio do respetivo procedimento tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia.

(8) Artigo 146º

1 - Após a análise das propostas, a utilização de um leilão eletrónico 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 n.os 1 e 2 do artigo 58.º;
- f) Que sejam apresentadas como variantes quando estas não sejam admitidas pelo programa do concurso, ou em número superior ao número máximo por ele admitido;
- g) Que sejam apresentadas como variantes quando, apesar de estas serem admitidas pelo programa do concurso, não seja apresentada a proposta base;
- h) Que sejam apresentadas como variantes quando seja proposta a exclusão da respetiva proposta base;
- i) Que violem o disposto no n.º 7 do artigo 59.º;
- j) (Revogada.)
- l) Que não observem as formalidades do modo de apresentação das propostas fixadas nos termos do disposto no artigo 62.º;
- m) Que sejam constituídas por documentos falsos ou nas quais os concorrentes prestem culposamente falsas declarações;
- n) Que sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto nas regras referidas no n.º 4 do artigo 132.º, desde que o programa do concurso assim o preveja expressamente;
- o) Cujas análises revele alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 70.º

(9) Artigo 57º

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 objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar;
- c) Documentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule;
- d) Documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resulte, direta ou indiretamente, das peças do procedimento.

(10) Artigo 86º

1 - A adjudicação caduca se, por facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação:

- a) No prazo fixado no programa do procedimento;
- b) No prazo fixado pelo órgão competente para a decisão de contratar, no caso previsto no n.º 8 do artigo 81.º;
- c) Redigidos em língua portuguesa ou, no caso previsto no n.º 2 do artigo 82.º, acompanhados de tradução devidamente legalizada.

2 - Sempre que se verifique um facto que determine a caducidade da adjudicação nos termos do n.º 1, o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar o adjudicatário relativamente ao qual o facto ocorreu, fixando-lhe um prazo, não superior a 5 dias, para que se pronuncie, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia.

3 - Quando as situações previstas no n.º 1 se verificarem por facto que não seja imputável ao adjudicatário, o órgão competente para a decisão de contratar deve conceder-lhe, em função das razões invocadas, um prazo adicional para a apresentação dos documentos em falta, sob pena de caducidade da adjudicação.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, o órgão competente para a decisão de contratar deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.

5 - No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou concessão de obras públicas, a entidade adjudicante deve comunicar imediatamente ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., a caducidade da adjudicação.