

<u>Acórdãos TCAS</u> Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul	
Processo:	09423/12
Secção:	CA-2º JUÍZO
Data do Acórdão:	24-01-2013
Relator:	PAULO CARVALHO
Descritores:	CONCURSO PÚBLICO, CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO, DESPACHO NORMATIVO 4-A/2008.
Sumário:	1- Um Programa do Procedimento, ao estabelecer como fator a “Avaliação da equipa - 40%”, e que “este fator será obtido tendo em conta a constituição da equipa, a experiência comprovada e análise curricular”, está a violar o artº 75.1 CCP. 2- O despacho normativo 4-A/2008 é aplicável a concursos em que rege a elegibilidade das despesas, mesmo que não venha expressamente citado no aviso de abertura.
Aditamento:	

Decisão Texto Integral:	Recorrente: A..... – Ambiente, S.A.. Recorrido: N..... - Associação Contrainteressados: Núcleo - Formação Lda.. Vem o presente recurso interposto da Sentença que julgou a presente ação improcedente. Foram as seguintes as conclusões da recorrente: 1. A exclusão da proposta da A., ora recorrente teve por base o art. 70º, nº2, al. b) do CCP, que determina a exclusão das propostas que contenham atributos em violação de parâmetros base ou aspetos não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos. 2. Ao apreciar a validade do ato impugnado por referência ao art. 70º, nº2 al. f) do CCP e não por referência à al. b) deste preceito, que constitui o fundamento de direito efetivamente contido no seu teor, a sentença recorrida incorre em violação do arts. 50º, nº1 e 95º, nº2 do CPTA, já que o ato cuja validade se impunha apreciar é o praticado pela entidade demandada (DOC. 1 junto com a p.i.) e não outro, ficcionado pelo Tribunal. 3. Em todo o caso, o art. 20º do Despacho Normativo nº 4/2008 não se aplica aos concorrentes nem regula qualquer aspeto da atividade de prestação de serviços contratada, mas tão só e apenas as relações entre a autoridade de gestão e os beneficiários de fundos comunitários, mais precisamente, como o seu art. 1º refere <i>a natureza e os limites máximos de custos elegíveis, no âmbito do cofinanciamento pelo Fundo Social Europeu (FSE), e pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), Fundo Europeu Agrícola do Desenvolvimento Rural (FEADER) e Fundo Europeu das Pescas (FEP), quando lhes seja aplicável.</i>
-------------------------	--

4. Por outro lado, no Caderno de Encargos aprovado pela entidade adjudicante para o presente procedimento não encontramos fixada, nem sob a forma de parâmetro base, nem sob a forma de aspeto da execução do contrato vinculado e não submetido à concorrência qualquer disposição de conteúdo similar ao art. 20º do Despacho Normativo nº 4/2008, de 24 de janeiro, alterado pelo Despacho Normativo nº 2/2011, de 11 de fevereiro.
5. Pelo que a proposta da A. nunca poderia ter sido excluída com o fundamento aduzido, porquanto da mesma não consta qualquer atributo violador de parâmetros base fixados no CE, nem qualquer termo ou condição violador de aspetos não submetidos à concorrência por aquela peça do procedimento.
6. A sentença recorrida faz errada interpretação do âmbito de aplicação do Despacho Normativo nº 4/2008, em especial, do seu art. 20º, nº2, violando esta norma, bem como o seu artigo 1º.
7. E aplica erradamente, o art. 70º, nº2, al. f) do CCP, já que aquela norma não integra o conjunto de "normas legais e regulamentares" aplicáveis ao procedimento de concurso.
8. Ao recusar conhecer dos pedidos de impugnação da adjudicação e do contrato, considerando procedente uma questão prévia de ilegitimidade, após a fase do saneamento e mesmo depois da fase da discussão, durante a qual as partes apresentaram as suas alegações, viola flagrantemente o art. 87º, nº2 do CPTA.
9. A A. tem manifesto interesse na procedência do pedido de impugnação da adjudicação, já que caso tal ato venha a ser anulado com fundamento na ilegalidade do critério de adjudicação, a entidade demandada ficará obrigada a proceder à abertura de novo procedimento com um novo Programa do Procedimento, do qual constará um novo critério de adjudicação, expurgado do fator considerado ilegal.
10. Nesse caso, a A., tal como todos os agentes económicos do mercado europeu, poderá concorrer novamente, renovando as suas legítimas expectativas de vir a ser a adjudicatária.
11. Ao assim não considerar, a sentença recorrida viola o art. 55º, nº1, al. a) do CPTA.
12. Esta norma não é aplicável à aferição da legitimidade processual para a impugnação de contratos, tendo sido erradamente aplicada pela sentença recorrida no que se refere a este pedido.

13. Essa matéria aparece regulada no art. 40º do CPTA, cuja al. d) é muito clara quando dispõe que tem legitimidade «quem tenha impugnado um ato administrativo relativo à formação do contrato».

14. Norma que a sentença violou ao considerar que a A., ora recorrente, carecia de legitimidade processual para a impugnação do contrato.

15. O Tribunal Central Administrativo Sul deverá, ao abrigo do art. 149º conhecer de todos os pedidos cuja decisão acabou por ser ilegalmente omitida pelo Tribunal *a quo*, ou seja, quer o pedido de impugnação da adjudicação, quer o pedido de impugnação do contrato, quer o pedido condenatório, devendo considerá-los procedentes, atendendo aos fundamentos oportunamente apresentados nos autos, que se têm por reproduzidos.

Foram as seguintes as conclusões do recorrido:

1ª- Por disposição expressa do Caderno de Encargos, a prestação de serviços em causa nos autos tem por objeto a execução do Projeto M..... Por outro lado, existe uma disposição do Caderno de Encargos que obriga o adjudicatário a cumprir todos os instrumentos normativos que se relacionem com o objeto do contrato.

2- Assim, as propostas a apresentar pelos concorrentes tinham de cumprir as condicionantes normativas relativas à apresentação de preços por hora para a execução do Projeto M.....(e que constam do artigo 20.º do Despacho normativo n.º 4-A/2008).

3- Nesses termos, não merece reparo a sentença recorrida ao considerar que o Despacho normativo n.º 4/2008 constituía uma vinculação legal obrigatória para os concorrentes na elaboração das proposta, pelo que improcede o alegado nas Conclusões 3 e 6 das alegações de recurso.

4- A Entidade Recorrida não quis contratar os consultores numa base diária ou mensal, tendo solicitado nas peças do procedimento a indicação do valor a cobrar por consultor com base horária (já que era dessa forma que pretendia que o serviço fosse faturado). Tendo em consideração as condicionantes fixadas pelo artigo 20.º do Despacho normativo n.º 4-A/2008 (em que cada consultor, contratado com uma base horária, apenas pode desenvolver a sua atividade um dia por semana ou uma semana por mês), a Recorrente - com a equipa de 3 consultores que apresentou na sua proposta - não conseguiria cumprir a prestação de serviços em 12 meses.

5- O prazo para a execução do contrato e a faturação numa

base horária são aspetos vinculados da execução do contrato, que, sendo violados, implicam a exclusão da proposta nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Improcedem, assim, as Conclusões 4 e 5 formuladas pela Recorrente.

6- O Tribunal a quo enquadrou a exclusão da proposta da Recorrente na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, insurgindo-se a Recorrente contra esta atuação do Tribunal, invocando a violação, pela sentença recorrida, dos artigos 50.º, n.º 1, e 95.º, n.º 2, do CPTA. Erradamente, salvo o devido respeito.

7- O Tribunal a quo pronunciou-se sobre a validade do ato administrativo impugnado pela Recorrente e não sobre qualquer outro ato, tendo-se pronunciado sobre todas as causas de invalidade invocadas pela ora Recorrente cuja decisão não tenha ficado prejudicada pela solução dada a outras.

8- A fundamentação do ato impugnado foi sindicada judicialmente, tendo apenas o Tribunal reconduzido os fundamentos à factispecie da alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, e não à da alínea b) do mesmo artigo, o que, atentos os elementos carreados para os autos, se figura absolutamente indiferente, pois a exclusão da proposta da Recorrente com os fundamentos acima referidos enquadra-se em ambas as causas de exclusão. Improcede assim o vício invocado pela Recorrente nas Conclusões 1., 2. e 7. das alegações de recurso.

9- Não existiu também qualquer violação do artigo 87.º n.º 2 do CPTA por uma alegada falta de conhecimento pelo Tribunal de uma (suposta) "questão prévia" da falta de legitimidade ativa da Recorrente em sede de despacho saneador.

10- A (suposta) "questão prévia" suscitada pela Entidade Recorrida não só não obstava, no momento em que foi colocada, ao prosseguimento do processo, como - bem pelo contrário - o pressupunha, visto que a decisão sobre tal questão impunha ao Tribunal que previamente conhecesse da validade da exclusão da proposta da Recorrente para só, depois, poder decidir sobre a possibilidade de a Recorrente atacar o ato de adjudicação propriamente dito, improcedendo assim a Conclusão 8. das alegações de recurso.

11- A sentença recorrida também não viola o artigo 55.º n.º 1 alínea a) do CPTA. Tendo o ato de exclusão sido

considerado lícito pelo Tribunal a quo, não fazia sentido conhecer das ilegalidades infligidas pela A..... ao ato de adjudicação, já que, atento o artigo 51.º n.º 3 do CPTA3 o mesmo carece de legitimidade para o efeito em face da sua exclusão do procedimento (não retirando assim a Recorrente qualquer utilidade da anulação do ato de adjudicação), improcedendo, pois, o alegado pela Recorrente nas Conclusões 9. a 11. das alegações de recurso.

12- A sentença recorrida não viola também o artigo 40.º n.º 1 d) do CPTA já que não tendo o ato de exclusão sido considerado ilegal pelo Tribunal, carecia a Recorrente de legitimidade para impugnar o contrato, improcedendo o alegado pela Recorrente nas Conclusões 12. a 14. das alegações de recurso.

13- Termos em que, não se dando por verificado nenhum dos vícios imputados pela Recorrente à sentença recorrida, o presente recurso deverá ser julgado totalmente improcedente, com as devidas consequências.

Subsidiariamente, à cautela

14- Nas suas conclusões de recurso, a Recorrente nada escreveu sobre a suposta ilegalidade do ato de adjudicação propriamente dito, do contrato e das razões da procedência dos pedidos condenatórios por si formulados, limitando-se a remeter para os “fundamentos oportunamente apresentados nos autos, que se têm por reproduzidos” (Conclusão 15. das alegações de recurso), o que se afigura inadmissível face ao ónus de formular conclusões.

15- Por mera questão de cautela, a ora Entidade Recorrida vê-se na necessidade de repetir os argumentos já utilizados em 1ª instância a esse respeito. Assim, caso se entenda (no que não se concede e apenas se equaciona por mero dever de patrocínio) que a proposta da Recorrente foi ilegalmente excluída do concurso e/ou que a legalidade do ato de adjudicação propriamente dito e do contrato entretanto celebrado deveria ter sido apreciada pelo Tribunal a quo, refira-se uma vez mais que, nem o ato de adjudicação nem o contrato celebrado na sua sequência padecem de qualquer ilegalidade, não havendo por isso qualquer justificação para a sua anulação ou declaração de nulidade.

16- O fundamento invocado pela Autora, ora Recorrente, em 1ª instância, para sustentar a invalidade do ato de adjudicação prende-se com a suposta ilegalidade de um dos fatores do critério de adjudicação em face do artigo 75.º n.º 1 do CCP.

17- O propósito do fator em questão do critério de adjudicação era o de avaliar os meios que os concorrentes se comprometiam a alocar à execução do contrato (equipa técnica a afetar ao contrato).

18- Ora, tal como demonstrado em 1ª instância, o fator em questão respeita plenamente o artigo 75.º n.º 1 do CCP, já que esse fator não teve por escopo avaliar a capacidade técnica ou a experiência abstrata dos concorrentes, mas sim aquilo que era efetivamente era proposto ao nível da equipa técnica a afetar ao contrato.

19- No que diz respeito à invalidade do contrato em face da invalidade do ato de adjudicação, inexistindo qualquer vício do ato de adjudicação, não existe qualquer ilegalidade que tenha sido contagiada ao contrato propriamente dito.

20- Relativamente ao suposto vício próprio do contrato celebrado, invocado em 1ª instância, a minuta do contrato em causa nestes autos foi aprovada por despacho do Senhor Eng.º António, Presidente da Comissão Executiva da N....., com poderes para o efeito, no dia 28/02/2012.

21- Por mero lapso, o referido ato de aprovação da minuta não foi expressamente indicado no contrato. Tal como é usualmente entendido pela doutrina, não existe qualquer razão para que não seja possível "sanar" tal situação, seja por via do disposto no artigo 285.º do CCP, que prevê a hipótese de conversão, nos termos do artigo 293.º do Código Civil, para todos os contratos administrativos, independentemente do seu desvalor jurídico, seja por via da teoria da formalidades não essenciais (essencial é que a minuta do contrato tenha sido efetivamente aprovada, como foi, sendo irrelevante que, apesar de praticado o ato, o mesmo não tenha sido indicado, por mero lapso, no próprio contrato.)

22- Sendo improcedentes os pedidos impugnatórios, fica necessariamente prejudicada a procedência dos pedidos condenatórios formulados pela Recorrente em 1ª instância.

23- Em todo o caso, ainda que fosse readmitida a proposta da ora Recorrente, a conclusão de que a suposta ilegalidade do fator A) Avaliação da Equipa Técnica vincula a entidade adjudicante a proceder à avaliação através da aplicação do critério de adjudicação de acordo com os fatores B) Qualidade e mérito do serviço proposto e C) Preço Global não pode, de todo, ser aceite, já que isso seria violar a margem de livre decisão atribuída às entidades adjudicantes na fixação dos critérios de adjudicação.

24- Pelo que, quando muito, caso se venha a considerar

ilegal o fator A) (no que não se concede e apenas por hipótese de raciocínio se equaciona), deverá a N.....ser condenada a elaborar novo Programa do Concurso que não incorra na mesma (suposta) ilegalidade, mantendo a liberdade para fixar o critério de adjudicação, e respetivos fatores e ponderações, conforme entender mais adequado aos serviços que pretende adquirir.

Foram as seguintes as conclusões da contrainteressada:

A) Nos autos de impugnação a A. invocou a existência de dois vícios de violação de lei, sendo o primeiro a violação do Art.º 75º, n.º 1, do CCP, e o segundo a inexistência de fundamento para a exclusão da proposta apresentada com base Despacho Normativo n.º 4-A/2008, de 24 de janeiro;

B) Tanto a recorrida N..... como a ora contra-alegante, sustentaram que a tese da A. não seria suscetível de proceder, por não existir qualquer violação às regras previstas no Art.º 75º, n.º 1, do CCP;

C) De facto, existindo o conceito da clara diferenciação entre o procedimento concursal na fase de qualificação dos concorrentes e, de forma distinta, na fase de avaliação das propostas não pode ignorar-se que capacidade económico-financeira e as qualificações técnicas dos concorrentes, devem permitir garantir que os concorrentes têm os meios financeiros e técnicos exigíveis;

D) Outrossim e nos casos em que a qualificação constitui uma fase destacada, quando se pondera a capacidade do concorrente, em termos de qualificação, percebe-se porque não podem ser usados os critérios relativos à capacidade técnica e financeira na fase seguinte, dado tratar-se de matéria já tratada e resolvida na fase da qualificação;

E) Nestes termos, no caso de concurso público onde inexiste esta distinção, é evidente que os critérios respeitantes às características intrínsecas da proposta, têm admitir uma adequada apreciação da equipa que se propõe prestar o serviço, cotejando as específicas exigências contratuais, no sentido de permitir poder avaliar qual dos concorrentes está em condições de oferecer, em concreto, os melhores serviços;

F) Se assim não fosse, haveria concursos públicos onde, pura e simplesmente, não se poderia avaliar e garantir que os concorrentes tinham efetivas condições para prestar o serviço contratado, salvaguardando, minimamente o interesse público;

G) Deste modo, o referido fator de avaliação da equipa, decorrendo do conceito de proposta expressamente admitido

pelo Art.º 57º, n.º1, alínea b) do CCP, é completamente compatível com a regra estabelecida no Art.º 75º, n.º 1, do mesmo CCP, inexistindo qualquer desconformidade com a lei;

H) No que se refere à consideração dos critérios quantitativos referidos no Despacho Normativo n.º 4/2008, de 24 de janeiro, alterado pelo Despacho normativo n.º 2/2011, de 11 de fevereiro, referindo-se os mesmos às regras a que fica subordinada a elegibilidade de custos, na área da formação e consultoria, para efeitos de financiamento através dos **fundos** comunitários (mormente pelo FSE), é essencial a sua ponderação, como forma otimizar os aspetos quantitativos do financiamento a obter, compaginando-o com o reembolso dos custos efetivamente suportados;

I) Assim, conhecendo-se as características do concurso público em causa, os objetivos que visava e a fonte do respetivo financiamento é óbvio que as regras em causa estavam, pelo menos, implícitas no Caderno de Encargos do concurso em apreço, donde a desnecessidade de qualquer referência expressa;

J) Por isso, tendo a proposta apresentada pela A. violado, por larga margem, os referidos limites legais, não podia a entidade adjudicante agir de modo diferente do que fez, salvaguardando de forma adequada a estrita legalidade do processo e a incontornável viabilidade financeira do mesmo;

L) Nestes termos, o Exmo. Juiz a quo na Douta Sentença ora recorrida, procede a uma clarificadora recentração da questão colocada nos autos quando realça que a proposta apresentada pela A. foi excluída com fundamento numa evidente desconformidade com as regras previstas no Art.º 20º do Despacho Normativo n.º 4-A/2008, de 24 de janeiro, alterado pelo Despacho Normativo n.º 2/2011. De 22 de fevereiro;

M) Com efeito, como ajustadamente se refere na Douta Sentença a quo, as normas do procedimento do concurso em causa indicam, não permitem ter dúvidas sobre a intenção de remunerar os serviços a concurso numa base horária, tal como foi entendido e acatado pela A., na proposta apresentada, a qual é discriminada, precisamente, numa base horária;

N) Sendo evidente que o Despacho Normativo n.º 4-A/2008, de 24 de janeiro, alterado pelo Despacho Normativo n.º 2/2011, não aponta diretamente à regulação da atividade dos consultores em sede de projetos

financiados pelo FSE, a verdade é que contém regras que não podem deixar de se aplicar aos contratos onde existe e necessidade de remunerar consultores, em função do tempo, especialmente, quando se trata de concursos públicos;

O) Apesar de não haver uma referência expressa à necessidade das propostas contemplarem a aludida especificação, cumprindo as regras estabelecidas, designadamente, no n.º 2, do Art.º 20º, do Despacho Normativo n.º 4-A/2008, de 24 de janeiro, alterado pelo Despacho Normativo n.º 2/2011. De 22 de fevereiro, a verdade é que a A., era detentora de todos os elementos, que lhe impunham a indicação de consultores afetos à execução dos serviços em número adequado e em consonância com os requisitos exigidos no referido normativo;

P) Não podem, portanto, ser invocadas quaisquer dúvidas em relação ao facto de ser aplicável às propostas apresentadas, no âmbito do procedimento concursal em causa, as regras e os requisitos que decorrem do Despacho Normativo n.º 4-A/2008, de 24 de janeiro, alterado pelo Despacho Normativo n.º 2/2011, de 22 de fevereiro, por todas as razões e, especialmente, pelos judiciosos motivos expostos na Doutra Sentença a quo.

Q) Do mesmo modo, também deve ser tido como irrelevante, como justamente considerou a Doutra Sentença a quo, a circunstância do caderno de encargos não fazer referência expressa às regras previstas no referido Despacho Normativo n.º 4-A/2008, de 24 de janeiro, alterado pelo Despacho Normativo n.º 2/2011, de 22 de fevereiro;

R) De facto, conhecendo perfeitamente os objetivos colocados a concurso, bem como as especificidades de que se revestia o respetivo financiamento e forma de prestação, todos os concorrentes sabiam ou, pelo menos, tinha a obrigação de saber da necessidade de conformar as propostas com as regras essenciais do referido dispositivo legal;

S) Donde, se concorda, sem qualquer reserva, pelo sentido plasmado na Doutra Sentença recorrida, o qual é o da improcedência total da ação e, concomitantemente, do recurso ora em causa.

2. Foi a seguinte a factualidade assente pela Sentença recorrida:

A) A Entidade Demandada apresentou junto do Fundo Social Europeu (FSE) uma candidatura para obter financiamento para a realização de um projeto relativo à

realização de ações de formação destinadas a pequenas e médias empresas (Projeto MOVE PME), a qual foi aprovada - cfr. documentos 5, 6 e 7 juntos com a Oposição apresentada em sede cautelar pela ora Entidade Demandada, cujos teores se dão por integralmente reproduzidos;

B) Por despacho de 21 de dezembro de 2011, o Presidente da Comissão Executiva da N..... - Associação decidiu proceder à abertura do "Concurso público para aquisição de serviços de formação e consultoria para a execução do projeto M....., Área de gestão estratégica e operacional" - acordo e cfr. fls. 11 do PA, cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

C) O anúncio do concurso público indicado em B) supra foi publicado na parte L do Diário da República, 2ª série, n.º 244, de 22 de dezembro de 2011-acordo e cfr. fls. 8 a 10 do PA;

D) O artigo 5.2 do Programa do Procedimento estabelece, além do mais, que *"O critério de adjudicação será o da proposta economicamente mais vantajosa."*

Fatores:

A) Avaliação da equipa - 40%

i) *Este fator será obtido tendo em conta a constituição da equipa, a experiência comprovada e análise curricular*

B) Qualidade e mérito do serviço proposto -55%

i) *Apreciação global da estrutura proposta incluindo o programa de trabalhos -0 a 20%*

ii) *Descrição das técnicas a utilizar e das metodologias de atuação -0 a 15%*

iii) *Descrição dos métodos de verificação e controlo da qualidade o trabalho, no âmbito das diversas áreas de intervenção – 0 a 20%*

C) Preço global - 5%

Será considerada mais valiosa a proposta que apresentar pontuação mais elevada." - cfr. fls. 12 a 24 do PA, cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

E) Em 30 de dezembro de 2011, a Autora apresentou a sua proposta com referência ao concurso público referido em B) supra - cfr. fls. 185 a 267 do PA cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

F) Em 06 de fevereiro de 2012, o Júri do procedimento elaborou o relatório preliminar, no qual, além do mais, se indica que a proposta apresentada pela Autora deve ser excluída *"{...} pelo facto de o número de formadores apresentados - três - não ser suficiente face ao número de horas de formação e consultoria envolvidas no projeto. De*

notar que a legislação aplicável é clara quando indica que por dia apenas poderão ser prestadas 3,5 horas de consultoria, sendo que não poderão ser prestados em dias consecutivos. (...)” e que a ContratInteressada Núcleo Inicial é graduada em 1º no concurso público em questão - acordo e cfr. fls. 391 a 396 do PA, cujo teor se dá por reproduzido; G) Em 09 de fevereiro de 2012, a Autora exerceu o seu direito de audiência prévia, pugnando pela ilegalidade da exclusão da sua proposta e pela ilegalidade do critério de adjudicação - acordo e cfr. fls. 397 a 403 do PA, cujo teor se dá por integralmente reproduzido; H) Em 17 de fevereiro de 2012, o Júri do procedimento elaborou o relatório final, no qual, além do mais, se refere o seguinte:

“(...) Atendendo à experiência do concorrente em causa, estranha-se que o mesmo desconheça a legislação aplicável aos projetos da tipologia do presente concurso. Ainda assim, passa a explicar-se detalhadamente, a razão pela qual o concorrente com apenas três consultores não conseguirá terminar o projeto, e portanto a sua proposta apresenta condições que violam aspetos da execução do contrato.

Tomando por exemplo o projeto referente a micro empresas, o mesmo tem uma duração máxima de nove meses.

O despacho normativo nº 4 A/008 de 24 de janeiro entretanto alterado pelo Despacho Normativo nº 2/2011 de 11 de fevereiro, no seu artigo 20.2 vem indicar claramente, que sempre que um consultor desenvolva a atividade no âmbito do projeto financiado, por mais do que um dia por semana ou uma semana por mês, a sua contratação deverá ser feita na base diária ou mensal.

A entidade adjudicante solicitou claramente, que a indicação do valor a cobrar por consultor fosse indicado por hora, pois é dessa forma que pretende faturar o serviço. Assim, e atendendo ao preceituado na legislação supra citada, existe uma (imitação de horas em termos de consultoria. Ou seja; para se manter a base horária, um consultor não poderá desenvolver a sua atividade por mais do que um dia por semana ou uma semana por mês. Sendo assim, e exemplificando; considerando que um dia tem 24 horas e um mês quatro semanas, um consultor poderia prestar 96 horas mensais. Se multiplicarmos este valor pelo número de meses em que o projeto poderá ser desenvolvido, ou seja, nove (projeto Micro), concluimos que cada

consultor poderá, no âmbito do projeto, prestar 864 horas de consultoria. Tendo em conta que a Vossa equipa técnica é composta por três consultores, isso significa que no total o concorrente apenas poderia prestar 2592 horas de consultoria.

Ora, é certo que o projeto compreende 3471 horas de consultoria, pelo que manifestamente não é possível ao concorrente cumprir com o objeto do concurso aqui em análise. Pelo exposto, fica claro, que o concorrente não reúne condições para completar o serviço objeto do presente concurso.

Assim a proposta apresentada apresenta condições - número de consultores - que violam aspetos de execução do contrato a celebrar, situação esta que comporta um motivo de exclusão da proposta nos termos da alínea b) do n.º2 do artigo 70.9 CCP. (...)

Para o concorrente A....., o fator A) avaliação da equipa proposta - 40% - sendo ilegal - não pode ser tido em consideração para efeitos de avaliação e classificação das propostas, devendo assim ser eliminado do critério de adjudicação e as propostas avaliadas na proporção dos restantes dois fatores B) e C).

Entende este Júri que não assiste razão a este concorrente. É certo que o artigo 75.º n.º 1 do CCP distingue claramente a atividade de qualificação dos concorrentes da atividade de avaliação das propostas, impedindo que qualquer aspeto relativo ao concorrente (situação, qualidade, característica) seja tido em consideração na avaliação da proposta.

Os critérios de qualificação (ou, nos termos da Diretiva 2004/28/CE, critérios de seleção qualitativa) reportam-se à capacidade económico-financeira e à capacidade técnica dos concorrentes. Estes critérios têm por escopo, essencialmente, garantir à entidade adjudicante que a empresa ou agrupamento de empresas com quem vai contratar tem os meios (financeiros e técnicos) necessários para assegurar o cumprimento do contrato - ou, pelo menos, que alguém se comprometeu a colocar ao dispor dessa empresa ou agrupamento esses meios. É, no rigor dos termos, uma questão de capacidade do concorrente (os quais apenas podem ser considerados em procedimentos em que exista uma fase de qualificação, o que não sucede num concurso público). Os critérios de capacidade técnica e financeira não podem ser utilizados como fatores de apreciação das propostas ~ é isso que determina o artigo

75.9 n.º 1 do CCP.

Por seu turno, os critérios de adjudicação dizem respeito às características intrínsecas da proposta, independentemente da capacidade de quem a submeteu.

Ora, o modo específico como se encontra configurado o fator A) avaliação da equipa proposta - 40% - determina a sua admissibilidade à luz do CCP, da Diretiva 2004/18/CE e do entendimento perfilhado pela Jurisprudência e Doutrina.

Com efeito, o que é relevante para efeitos de avaliação da proposta no presente procedimento não é a capacidade técnica ou experiência do concorrente. Não se pretende saber se o concorrente tem ou não os meios e a experiência necessários ao cumprimento integral dos serviços que se propõe prestar. O que se pretende, por intermédio do fator em questão, é saber qual dos concorrentes oferece os melhores serviços em concreto - essa, aliás, a razão de ser de um concurso: escolher a melhor proposta de entre os que são capazes.

Aquilo que é avaliado neste fator é a concreta equipa técnica que o concorrente propõe afetar aos trabalhos a prestar. A experiência da equipa técnica proposta é, no caso concreto, uma característica intrínseca da proposta e não uma característica do concorrente. Nesses termos, não assiste razão ao concorrente Ambisig na sua pronúncia em sede de audiência prévia. {...)" - cfr. fls. 411 a 415 do PA, cujo teor se dá por reproduzido;

I) Em 28.02.2012, a Entidade Demandada proferiu o ato de adjudicação com referência ao concurso público indicado em B) supra - acordo e cfr. fls. 417 e 418 do PA, cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

J) Em 12 de março de 2012, foi celebrado entre a Entidade Demandada e a Núcleo Inicial o contrato de prestação de serviços relativo ao concurso público indicado em B) supra - cfr. fls. 419 a 422 do PA, cujo teor se dá por reproduzido. O M. P. foi notificado para se pronunciar sobre o mérito do recurso, tendo defendido a sua improcedência.

O processo foi submetido à conferência sem colher vistos, por se tratar de processo urgente.

3. São as seguintes as questões a resolver:

3.1. A Sentença recorrida podia confirmar o ato com outra fundamentação de direito ?

3.2. Houve violação do artº 87.2. do CPTA ?

3.3. Pode a recorrente impugnar os termos do concurso ?

3.4. O critério de adjudicação é legal ?

3.5. A proposta da recorrente foi corretamente excluída ?

4.1. A Sentença recorrida confirmou o ato recorrido, por ter entendido que o motivo da exclusão não juridicamente enquadrável no artº 70.2.b) do CCP, mas no artº 70.2.f) do CCP. Não estando em causa os factos, a razão pela qual foi excluída, mas apenas a sua qualificação legal, tem de se entender que a diferença de qualificação não torna a sentença inválida: o Tribunal pode confirmar o ato, mesmo que entenda que as razões de direito são diferentes das invocadas pela administração. O princípio da conservação dos atos jurídicos não permite anular o ato para que o mesmo seja repetido com outra fundamentação, embora com o mesmo sentido.

Logo, por este motivo, não deve ser revogada a Sentença recorrida.

4.2. A Sentença recorrida entendeu que por ter concluído que a autora fora corretamente excluída do procedimento em causa, não se podia conhecer dos pedidos de anulação do ato de adjudicação e do contrato.

Não estamos manifestamente perante uma violação do artº 87.2 do CPTA, porque o que está aqui em causa não é uma questão prévia que obste ao conhecimento do pedido, pois a Sentença recorrida conheceu do pedido. O que está em causa é que ela entendeu que o conhecimento de mérito de certas questões suscitadas pela parte estavam prejudicadas pela solução dada a outras.

4.3. Defende ainda a recorrente que por força do artº 40.1.d) do CPTA tem legitimidade para impugnar o contrato, por ter impugnado um ato administrativo relativo à formação do contrato. Entendeu a Sentença recorrida que só o poderia impugnar se a prévia impugnação do ato administrativo relativo à formação do contrato for julgada procedente, se o ato que ele impugnou for julgado ilegal.

Trata-se de uma posição que entendemos não poder subscrever. Só seria assim se a recorrente tivesse impugnado autonomamente a sua exclusão do concurso e, depois dessa impugnação, tivesse vindo deduzir novo pedido impugnatório agora contra a adjudicação ou o contrato. Da leitura da p. i., verifica-se que a recorrente impugnou desde o início a cláusula que reputa de ilegal no critério de adjudicação, o que lhe é permitido por ser

candidata. Assim, em vez de se ter conhecido da sua exclusão do concurso, é mais lógico conhecer em primeiro lugar da validade do próprio concurso.

Se concluirmos pela sua invalidade originária, a questão da admissão da recorrente fica assim logicamente prejudicada, pelo que não se poderá decretar.

4.4. O artº 75º nº 1 do CCP diz que “os fatores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”. Esta restrição resulta da transposição da Diretiva 2004/18/CE, artº 44.1., que prevê que estes elementos só possam ser considerados em sede anterior e que não podem influenciar a adjudicação. Como dizem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, ed. Almedina, pág. 451, “o juízo sobre o preenchimento dos requisitos da capacidade técnica e financeira dos concorrentes passou a preceder a apresentação e apreciação das propostas”.

É evidente que o ponto 5.2. do Programa do Procedimento, ao estabelecer como fator a “Avaliação da equipa - 40%”, e que “este fator será obtido tendo em conta a constituição da equipa, a experiência comprovada e análise curricular”, está a violar este preceito legal.

A invalidade do critério de adjudicação tem como resultado que tem de se anulado o procedimento concursal, devendo a entidade adjudicante ser condenada a aprovar novo programa de procedimento, conforme ao artº 75.1. do CCP, e praticar todos os atos subsequentes.

A anulação da adjudicação importa reflexamente também a anulação do contrato celebrado, estando prejudicado o conhecimento de vícios próprios deste ato.

Vamos conhecer apenas condicionalmente da questão da regular exclusão da recorrente, para o caso de não se concordar com esta solução.

4.5. A recorrente foi excluída do concurso porque se entendeu que o número de formadores apresentados – três – não ser suficiente face ao número de horas de formação e consultoria envolvidas no projeto, pois só poderiam prestar

2592 horas quando o projeto compreende 3471 horas. Como a recorrente só pretende ser paga à hora, como o despacho normativo 4-A/2008 só permite pagar à hora se a prestação for inferior a um dia por semana ou uma semana por mês, o número de horas possível de ser prestado será assim inferior ao pretendido.

Entende a recorrente que o referido despacho normativo 4-A/2008 não é aplicável.

O artº 1.1. do despacho normativo 4-A/2008, de 24 de janeiro, com as alterações introduzidas pelo despacho normativo n.º 12/2009, de 17 de março, pelo despacho normativo n.º 12/2010, de 21 de maio, pelo despacho normativo 2/2011 de 11 de fevereiro, diz que *“O presente despacho estabelece a natureza e os limites máximos de custos elegíveis no âmbito do co -financiamento pelo Fundo Social Europeu (FSE) e pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), pelo Fundo Europeu Agrícola do Desenvolvimento Rural (FEADER) e pelo Fundo Europeu das Pescas (FEP), quando lhes seja aplicável, sem prejuízo do disposto no n.º 4.”*

Atento o ponto A) da factualidade disponível, o projeto em causa é financiado pelo FSE. Logo, o despacho normativo é-lhe aplicável.

Pretende a recorrente que o artº 20 só é aplicável nas relações entre a autoridade de gestão e os beneficiários de **fundos** comunitários. Ora, se disciplina estas relações, o beneficiário dos **fundos** é obrigado a cumprir com estas regras, pelo que não pode proceder a montante a adjudicações que as contrariem. Logo, não era necessário que esta regra viesse incluída no caderno de encargos, porque ela é uma imposição legal. Solução contrária implicaria que a recorrida, se a recorrente ganhasse o concurso, teria de lhe pagar mas não poderia fazer refletir esses pagamentos no programa que deu origem ao contrato, por não serem legalmente elegíveis.

5. Conclusão: Por tudo quanto vem de ser exposto, Acordam os Juízes do presente Tribunal Central Administrativo Sul em Julgar procedente o recurso, anularem o programa de procedimento, bem como os atos subsequentes, nomeadamente a adjudicação e o contrato, condenando a recorrida NERSANT - Associação Empresarial da Região de Santarém, a aprovar novo programa de procedimento, expurgado das invalidades aqui apreciadas.

Custas pela recorrida e contrainteressada.

Lisboa, 24 de Janeiro de 2013

Paulo Carvalho

Ana Celeste Carvalho: Voto a decisão, mas não todos os seus fundamentos, conforme Declaração Anexa Salvo o devido respeito com a posição que fez vencimento, discordo da posição assumida no acórdão no tocante a existir fundamento para a exclusão da proposta da Autora e quanto a ficar prejudicado o conhecimento dos fundamentos de invalidade própria do contrato. Não tendo sido prevista, em nenhuma norma das peças do procedimento, a aplicação do Despacho Normativo nº4/2008 ao concurso em causa e não tendo sido fixado qualquer parâmetro base ou aspecto de execução do contrato não submetido à concorrência, pelo qual se impusesse a apresentação de proposta em tentos que assegurassem a sua conformidade com o artº 20º do citado Despacho Normativo, como aconteceria se tivesse sido fixado o número de consultores em função do número de horas de formação, não assume essa norma natureza imperativa no âmbito do concurso e, em consequência, não estava a autora obrigada a apresentar proposta nos termos defendidos pela entidade adjudicante, não existindo fundamento para a exclusão da proposta apresentada. Além disso, discordo que fique prejudicado o conhecimento dos fundamentos de invalidade própria do contrato, visto que, em caso de procedência, estes condizem à *declaração de nulidade* do contrato, diferente da sua mera *anulação*, por invalidade derivada, decorrente da invalidade do acto de adjudicação.

Atenta a identidade dos processos e das questões controvertidas, remetemos melhor fundamentação para o Acórdão deste TCAS, no **processo nº 09446/12**: desta mesma data, de **24 de Janeiro de 2013**, de que somos relatora.

Cristina dos Santos, com declaração de voto: Relativamente ao factor do critério de adjudicação da proposta configurado pela alínea "A -avaliação da equipa - 40%" e sub-factor "i) este factor será obtido tendo em conta a constituição da equipa.

a experiência comprovada e análise curricular" entendo que os mesmos configuram **não um i questão de certificação** dos concorrentes mas entra já **no domínio da avaliação do concorrente** na parte da capacidade de levar a cabo o serviço a adjudicar, por via **do juízo de avaliação** que o júri desenvolve sobre a experiência dos elementos que compõem a equipa e o conteúdo curricular.

Ora esta avaliação é própria *maxime*, do concurso limitado no tocante à fase de aposentação de candidaturas e qualificação de candidatos (artºs. 167º a 188º CCP) tendo desaparecido do con«urso pública *tout court*, daí que a lei no citado artº 75º nº I CCP obvie a que situações,



características ou qialidades dos concorrentes constituam factores e sub-factores do critério de adjudicação de procedimentos, v.g. do concurso público, cuja tramitação não tem previsão legal de fase de qualificação ou selecção de candidatos. Lisboa, 24.01.2013)