

**ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE
DE 07 DE OUTUBRO DE 2011 (PROC. 225/11)**

SUMÁRIO:

1. O princípio da concorrência é actualmente a trave-mestra da contratação pública.
2. Provado que apenas uma das concorrentes possui o certificado ISO 27001 e a acreditação no ACEPI, a exigência da apresentação de tais documentos como integrantes das propostas é ilegal por violação do princípio da concorrência, consagrado no n.º4 do artigo 1º do Código de Contratos Públicos.
3. Mostra-se irrelevante, para esta conclusão, que a Entidade Adjudicante tivesse ou não conhecimento deste facto, pois a existência ou não de (possibilidade de) concorrência é uma realidade objectiva que, como tal, se aprecia objectivamente.
4. As mencionadas exigências, a certificação ISO 27001 e a acreditação no ACEPI não se referem, ou pelo menos não se referem directamente e exclusivo, como adiante veremos, ao modo de prestação de um serviço concreto mas a qualidades da empresa.
5. Não existe fase de qualificação dos candidatos no procedimento do ajuste directo e, em todo o caso, as exigências em causa são incompatíveis com o disposto no artigo 75.º do Código dos Contratos Públicos, onde se veda a utilização de factores de avaliação de propostas que digam respeito, directa ou indirectamente, a qualidades ou características dos concorrentes.
6. A auto vinculação da Administração está condicionada pela legalidade pelo que, sendo a exigência de certificação ISSO ilegal, é irrelevante, também nesta vertente, que a Entidade Adjudicante tenha exigido no Convite a apresentação de documento comprovativo de tal certificação.
7. A transparência, a imparcialidade e a igualdade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência.
8. A aceitação das referidas exigências por parte da expressa que as não satisfazia é irrelevante por essas exigências serem ilegais e dado não estarem em jogo direitos ou interesses disponíveis.*

* Sumário elaborado pelo Relator

TEXTO INTEGRAL:

EM NOME DO POVO

Acordam em conferência os juizes da Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte:

O **Município de Arganil** interpôs, a fl. 157 e seguintes, RECURSO JURISDICONAL da sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Coimbra, de 27 de Maio de 2011, a fls. 129 e seguintes, pela qual foi julgada procedente a acção de contencioso pré-contratual que lhe foi movida por **V..., S.A.** e, assim, anulou o despacho do Presidente da Câmara Municipal de Arganil, de 4 de Março de 2011, que adjudicou à concorrente **C..., S.A.** a prestação de serviços objecto do procedimento de ajuste directo para a subscrição de uma plataforma electrónica de contratação pública e, consequentemente, anulou o contrato celebrado em 16 de Março de 2011 entre os Recorrentes.

Invocou para tanto que a sentença em crise é ilegal, padecendo dos seguintes vícios: erro de julgamento na qualificação do certificado de cumprimento da norma ISO 27001 como uma exigência do serviço ou produto a fornecer; erro de julgamento na aplicação do artigo 146.º n.º 2 d) do Código dos Contratos Públicos e alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do mesmo diploma; erro de julgamento na qualificação da exigência da certificação ISO 27001 como uma formalidade essencial; erro de julgamento por se ter considerado que o acto impugnado violou os princípios da auto-vinculação administrativa, estabilidade das regras dos concursos, da transparência e da imparcialidade.

Por seu turno a Contra-Interessada **C..., S.A.** interpôs também RECURSO JURISDICONAL da mesma sentença.

Invocou, pelo seu lado, que: a sentença recorrida incorreu em erro de julgamento, ignorando factos essenciais para o apuramento da verdade e para a boa decisão da causa, não se pronunciando sobre questões que devia conhecer; a interpretação feita pela sentença recorrida em torno do carácter imperativo e da admissibilidade da exigência constante do Ponto 3 do Convite, no sentido de excluir toda e qualquer proposta apresentada por um concorrente que não possua a certificação ISO 27001 e a acreditação da ACEPI sendo facto assente que, em Portugal, apenas a ora Recorridas possui, implica uma intolerável e desproporcional restrição da concorrência e do direito fundamental à iniciativa económica privada, entendimento esse contrário ao estipulado nos arts. 13º, 17º, 18º e 61º da Constituição; os documentos atrás referidos e indicados no Ponto 3 do Convite dizem respeito às qualidades e características dos próprios concorrentes e, nessa medida, nada têm haver com o conteúdo da proposta, pelo que não teria aqui aplicação nem o art. 57º, nº 1 do Código de Contratos Públicos nem o art.º 70º, nº 2, al. a) do mesmo diploma, pelo que, também aqui, o Tribunal a quo interpretou e aplicou incorrectamente o direito; foi igualmente violado o disposto no art. 51º do Código de Contratos Públicos; o tribunal *a quo* andou mal quando recusou a produção de toda e qualquer outra prova, considerando inútil qualquer outra indagação, para depois reconhecer que caso a **V...** fosse a única entidade a operar no mercado português com a referida certificação e fosse demonstrado que a entidade adjudicante sabia disso ou que pretendeu desvirtuar a concorrência com tal exigência, então o resultado (da decisão judicial) poderia ser outro; ao rejeitar uma prova fundamental para a

descoberta da verdade material e com vista a uma decisão justa, imparcial e esclarecida, o Tribunal a quo não assegurou as garantias de imparcialidade e de acesso ao direito, violando, ainda, o princípio do inquisitório previsto no art. 265º, nº 3 511º, nº 1 e 515º Código de Processo Civil, e, ainda, os arts. 87º, nº 1, al. c) e 90º, nºs 1 e 2, estes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. A Recorrida V..., S.A. apresentou contra-alegações relativamente a ambos os recursos, pugnando pela respectiva improcedência e, conseqüentemente, pela manutenção da sentença recorrida.

O Ministério Público neste Tribunal não emitiu parecer.

*

Cumpre decidir já que nada a tal obsta.

*

São estas as **conclusões das alegações** do recurso jurisdicional interposto pelo **Município de Arganil** e que definem respectivo objecto:

A. No presente recurso está em causa a sentença proferida pelo Tribunal recorrido que anulou o acto de adjudicação e o contrato celebrado na sequência de um procedimento de ajuste directo adoptado em função do valor do contrato lançado pela Recorrente para a prestação de serviços de plataforma electrónica (no qual foram convidadas apenas duas empresas e ambas apresentam proposta).

B. Atendendo ao âmbito da sentença recorrida, toda a discussão no presente recurso jurisdicional se centra na natureza de um documento que devia instruir a proposta e que foi exigido no Convite da ora Recorrente.

C. Com efeito, foi exigido aos dois concorrentes que instruísem a sua proposta, *inter alia*, com um documento comprovativo de cumprimento da norma ISO 27001, sendo que a Adjudicatária do ajuste directo - contra-interessada C... - não procedeu à junção do documento em questão.

D. Para o Tribunal a quo, em face da omissão de junção do certificado ISO 27001 por parte da contra-interessada C..., o acto de adjudicação do procedimento àquela empresa é ilegal por violar o artigo 57.º 1 c), 146.º n.º 2 d) do CCP, bem como os princípios da auto-vinculação administrativa, da estabilidade das regras do concurso, da transparência e da imparcialidade.

E. Para a Recorrente, a sentença impugnada padece de vários erros de julgamento, a saber: (i) erro de julgamento na qualificação do certificado ISO 27001 como um documento relativo ao serviço a prestar pelo concorrente, (ii) erro de julgamento na aplicação do artigo 146.º n.º 2 d) do CCP e alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP, (iii) erro de julgamento na qualificação da exigência da certificação ISO 27001 como uma formalidade essencial e (iv) erro de julgamento por ter julgado que o acto impugnado violou os princípios da auto-vinculação administrativa, estabilidade das regras dos concursos, da transparência e da imparcialidade.

F. O Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento ao ter classificado o certificado ISO 27001 como um documento da proposta, isto é, como um documento relativo ao serviço a prestar pelo concorrente.

G. O certificado ISO 27001 é um documento que atesta que o operador económico em causa tem implementado um sistema de gestão da segurança da informação de acordo com um determinado standard internacional.

H. Esta certificação ISO 27001 pode ser solicitada por qualquer tipo de empresa, ainda que esta não actue no mercado das plataformas electrónicas (aliás, o próprio website da Recorrida dá conta de inúmeras empresas que possuem tal certificação e que nada têm que ver com plataformas electrónicas de contratação pública).

I. A certificação é do operador económico e não do produto a fornecer ou do serviço a prestar, ainda que tal certificação – como qualquer certificação do operador económico – possa trazer mais valias para o produto a fornecer ou para o serviço a prestar.

J. A exigência desta certificação prende-se assim com as qualidades ou características de um determinado operador económico, as quais são referidas no artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos (requisitos mínimos de capacidade técnica aferidos na fase de qualificação dos candidatos).

K. Atente-se, por exemplo, num concurso público limitado com prévia qualificação lançado pela Agência Nacional de Compras Públicas, EPE (identificado em sede de alegações), no qual a certificação ISO 27001 foi exigida. Como é evidente, tal certificação foi exigida como um documento que deveria instruir a candidatura dos candidatos, já que tal documento seria analisado na fase de qualificação dos mesmos (sendo o concurso limitado com prévia qualificação o procedimento por natureza em que existe tal fase de qualificação). Refira-se também, curiosamente, que este procedimento nada tinha a ver com a contratação da prestação de serviços de plataforma electrónica.

L. Não é, assim, possível enquadrar o certificado ISO 27001 no artigo 57.º n.º 1 c) do CCP, como um documento que deva instruir a proposta. Por um lado, essa alínea trata de documentos que consubstanciem uma vinculação do concorrente a um determinado termo ou condição do caderno de encargos não sujeito a concorrência (não se vislumbra de que forma é que um certificado emitido por uma terceira entidade consubstancia um acto de vinculação ao que quer que seja). Por outro lado, o próprio Tribunal recorrido reconhece que em lado algum do Caderno de Encargos se exige que a prestação de serviços se faça de acordo com a norma ISO 27001.

M. Se assim é, o Tribunal recorrido incorreu em erro de julgamento ao ter considerado que o acto impugnado violou o artigo 57.º n.º 1 c) e o artigo 146.º n.º 2 d) do CCP, aplicável ex vi artigo 122.º n.º 2 do CCP, o qual determina que o Júri do Concurso deve propor a exclusão de propostas que não tenham sido instruídas com todos os documentos referidos no artigo 57.º n.º 1 do CCP.

N. Ao contrário do que refere o Tribunal a quo, não pode o incumprimento da junção do certificado ISO 27001 ser considerada uma preterição de uma formalidade essencial, já que no procedimento de ajuste directo não pode ser avaliada a capacidade técnica dos concorrentes e a formalidade em questão é irrelevante para efeitos de aplicação do critério de adjudicação (não põe em causa a concorrência entre os concorrentes na naquilo que foi posto à concorrência) e para a prestação do serviço nos termos da lei e nos termos do Caderno de Encargos.

O. A certificação ISO 27001 não é uma formalidade essencial para evidenciar o cumprimento de determinadas garantias de segurança referidas na sentença. As garantias de segurança que o Tribunal a quo reputa como essenciais são as que são aferidas pela certificação dada pelo CEGER à entidade gestora da plataforma electrónica nos termos acima referidos.

P. No que diz respeito à violação do acto impugnado do princípio da auto-vinculação administrativa, entende-se que o Tribunal recorrido incorreu novamente em erro de julgamento. Não existe qualquer norma no Convite, à qual a Recorrente se tenha auto-vinculado, da qual se retire que a não junção do certificado de cumprimento da norma ISO 27001 implica a exclusão do concorrente; Em todo o caso, o princípio da auto-vinculação administrativa não é absoluto, pelo que se se entendesse existir uma auto-vinculação da ora Recorrente a excluir a proposta da Contra-interessada C..., teria de se considerar então que se trataria de uma “auto-vinculação ilegal”, uma vez que não pode a Recorrente excluir quem, legalmente, não pode ser excluído. Esta impossibilidade legal não pode ser contornada através da exigência de entrega de determinados documentos de qualificação - como é o caso do certificado ISO 27.001 - aquando da apresentação das propostas (já que tal equivaleria a uma qualificação ilegal “encapotada” dos concorrentes).

Q. Não existe também, ao contrário do referido pelo Tribunal a quo, qualquer violação do princípio da estabilidade do concurso por parte do acto impugnado na medida em que não houve qualquer alteração das regras vertidas no Convite do ajuste directo.

R. Ao contrário do que se refere na sentença recorrida, não existiu qualquer “recoo” na exigência de cumprimento de aspectos de execução do contrato não submetidos à concorrência (entrando, aliás, o Juiz a quo em contradição argumentativa já que reconheceu que no Caderno de Encargos - sítio onde constam os aspectos de execução do contrato não submetidos à concorrência - não existe qualquer regra sobre a prestação dos serviços de acordo com a norma ISO 27001). Simplesmente foi verificado e constatado pela Recorrente que a entrega do certificado ISO 27001 não deveria, nem poderia ter sido uma regra do “jogo” de um ajuste directo nos termos do CCP (o certificado não se prende com aspectos da execução do contrato não sujeitos a concorrência, mas sim com a qualificação dos concorrentes, qualificação essa que não poderia existir em sede de um ajuste directo).

S. O Tribunal a quo incorreu também em erro de julgamento ao ter julgado verificada a violação do princípio da imparcialidade, enquanto corolário do princípio da transparência na medida em que a decisão de adjudicação à Contra-interessada C... não contém qualquer consideração de interesses ou valores alheios à escolha da melhor proposta. Foi, aliás, em atenção ao disposto na Lei - à qual a Recorrente deve obediência - que se tornou evidente que qualquer exclusão da concorrente C... com fundamento na omissão de entrega do certificado em causa cairia por terra por falta de base legal. Não pode, assim, o acto impugnado ser considerado violador do princípio da imparcialidade.

T. O procedimento aqui em causa era um ajuste directo por razões do valor, isto é, era um procedimento "fechado", em que apenas foram convidados dois concorrentes a apresentar proposta, não existindo potenciais terceiros que não tenham concorrido ao procedimento por, eventualmente, não terem o certificado em questão. A degradação do incumprimento da formalidade de entrega do certificado ISO 27001 em mera irregularidade não teve assim qualquer impacto ou relevo no que diz respeito ao princípio da transparência e/ou publicidade, ao contrário do que é indiciado na sentença recorrida.

U. O "princípio do favor do procedimento" que norteia a contratação pública suporta a conduta seguida pela ora Recorrente no presente caso concreto. Com efeito, a observância de tal princípio sempre exigiria que a ora Recorrente desconsiderasse o não cumprimento da formalidade em questão (já que tal formalidade não poderia em rigor ter sido exigida) e avaliasse as propostas com o critério de adjudicação constante do Convite (preço mais baixo), o que efectivamente sucedeu.

V. Nesses termos, e ao contrário do referido na sentença recorrida, não só o acto impugnado não violou os princípios da auto-vinculação administrativa, estabilidade das regras dos concursos, da transparência e da imparcialidade, como era a única actuação possível em face do "princípio do favor do concurso".

São estas as **conclusões das alegações** do recurso jurisdicional interposto pela Contra-Interessada C..., S.A e que definem respectivo objecto:

A) A douta sentença recorrida incorre em erro de julgamento, ignorando factos essenciais para o apuramento da verdade e para a boa decisão da causa, não se pronunciando sobre questões que devia conhecer (como a que foi colocada pela Recorrente, no seu articulado, no sentido de saber se a exigência dos documentos identificados no Ponto 3 do Convite, quando interpretada como sendo mandatária e admissível, não implicaria uma restrição da concorrência).

B) A abertura de um concurso público ou de qualquer outro procedimento que apenas permita a participação de uma única empresa portuguesa que possui uma acreditação e uma certificação que mais nenhuma empresa portuguesa possui (não obrigatória e não necessária para a prestação dos serviços em causa), para fornecimento de serviços de subscrição de uma plataforma electrónica de contratação pública, constitui uma restrição da concorrência

injustificável e desproporcional, violando exactamente os princípios que o Tribunal a quo aqui invoca, pelo que se verifica uma errada interpretação e aplicação da lei.

C) Quer a acreditação do ACEPI, quer a certificação pela norma ISO 27001, não são legalmente obrigatórias pelo que a mera exigência das mesmas no Convite viola o disposto no art. 75º e no nº 4 do art. 1º do CCP.

D) É manifesto e notório que tais qualidades e características, que tais documentos atestariam, não são necessárias ao bom desempenho dos serviços objecto do procedimento.

E) E tais documentos também não seriam admissíveis porquanto implicariam uma violação do princípio da proporcionalidade e do princípio da concorrência.

F) Aliás, é a própria lei (Portaria nº 701-G/2008, de 29 de Julho) que estipula qual o sistema de segurança necessário - o que, aliás, é reconhecido pelo próprio Tribunal a quo, pelo que o entendimento sufragado por este, no sentido de admitir a exigência de uma outra bitola ou nível de segurança contraria os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, implicando a criação de uma condição restritiva da concorrência.

G) A V... é a única empresa da área, em Portugal, que detém a acreditação do ACEPI e a certificação pela norma ISO 27001, pelo que, considerar que a falta de tais qualidades por parte de outros candidatos e a falta de apresentação dos documentos comprovativos das mesmas, poderia implicar a exclusão imediata dos demais candidatos (conforme defendido pelo Tribunal a quo), figurando a V... como única candidata, seria admitir a exigência de requisitos mínimos, num procedimento de ajuste directo, quando tais documentos (e qualidades) não são legalmente exigidos para titular (e conceder) as qualidades e habilitações necessárias à prestação dos serviços em causa.

H) Tratando-se aqui de um ajuste directo, nunca poderia a entidade adjudicante avaliar características ou qualidades dos candidatos, não lhe sendo legalmente admissível exigir quaisquer documentos relativos a essas mesmas características e qualidades.

I) Nessa medida, também nunca poderia excluir qualquer candidatura por suposta falta de documentos de qualificação que, logo à partida, nem sequer poderiam ter sido exigidos.

J) Porque, na verdade, o resultado de qualquer exigência de condições de admissão ao procedimento não pode configurar uma discriminação injustificadamente restritiva da concorrência.

K) E seria esse o resultado se a entidade adjudicante pudesse limitar o universo dos participantes no procedimento àqueles que estivessem certificados e acreditados (condições estas que não são obrigatórias ou necessários).

L) Na verdade, a entidade adjudicante não poderá nunca exigir (com carácter mandatório e de eliminação) um documento que ateste a certificação por determinado conjunto de normas (por exemplo, de controlo de qualidade) se

esse documento não for adequado e proporcional à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar.

M) Se não for respeitado este crivo da adequação e proporcionalidade, a peça procedimental onde essa exigência seja feita é inválida, sendo desconforme à lei e, nessa medida, nunca poderia ser mandatária ou admissível, quer para a Administração Pública, quer para os interessados.

N) Por um lado, é sabido que são nulos os actos administrativos que ofendam um conteúdo essencial de um direito fundamental (cfr. art. 133º, nº 2, als. c) e d), do C.P.A.); por outro lado, sabemos que os órgãos da Administração Pública estão vinculados ao respeito dos direitos, liberdades e garantias, resultando não só que eles não podem praticar actos nulos como também que devem interpretar e aplicar as normas em conformidade com os direitos fundamentais, atribuindo-lhes o sentido que melhor promova a sua efectividade (cfr. J. C. Vieira de Andrade in "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", pag. 207).

O) E a verdade é que com a interpretação sufragada pelo Tribunal a quo, mormente no que diz respeito ao sentido atribuído, entre outras normas, ao disposto nos arts. 57º, nº 1, al. c) e 132º, nº 4 do CCP (quando interpretadas no sentido de serem vinculativas, para a entidade adjudicante, as exigências ilegais que sejam colocadas no programa de procedimento), obtém-se um sentido normativo desconforme com a Lei Fundamental, sendo violado, nomeadamente, o direito de iniciativa económica privada.

P) A interpretação em torno do carácter mandatário e da admissibilidade da exigência constante do Ponto 3 do Convite, no sentido de excluir toda e qualquer proposta apresentada por um concorrente que não possua aquelas qualidades (certificadas pela ISO 27001 e pela Acreditação da ACEPI), sendo (ou devendo ser) facto assente que, em Portugal, apenas uma empresa possui essas qualidades (a V...), implica uma intolerável e desproporcional restrição da concorrência e do direito fundamental à iniciativa económica privada, entendimento esse contrário ao estipulado nos arts. 13º, 17º, 18º e 61º da Constituição.

Q) As entidades administrativas estão sujeitas ao princípio da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade, devendo respeitar os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (cfr. art. 266º da Constituição da República Portuguesa), devendo abster-se de colocar exigências e/ou entraves discriminatórios que não sejam necessários ou proporcionais ao serviço em causa.

R) E, nesse caso, nunca a estipulação para entrega de tais documentos, constante do Ponto 3 do Convite, poderia ter carácter mandatário e eliminatório, sob pena de estarmos perante uma restrição intolerável das regras da concorrência e do direito (fundamental) de iniciativa privada.

S) A interpretação dos normativos previstos nos arts. 146º, nº 2, al. d), n) e o), art. 57º, nº 1, al. c) e art. 132º, nº 4 do CCP, no sentido de, ao conferir um carácter

mandatário à apresentação dos documentos atrás referidos (constante do Ponto 3 do Convite: certificação pela ISO 27001 e Acreditação pelo ACEPI), permitir excluir toda e qualquer proposta apresentada por um concorrente que não possua aquelas qualidades – sendo facto assente que, em Portugal, apenas uma empresa possui essas qualidades (a V...) – leva a uma intolerável e desproporcional restrição da concorrência e do direito fundamental à iniciativa económica privada, contrária ao estipulado nos arts. 13º, 17º, 18º e 61º da Constituição.

T) Os preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas, pelo que, quer o Júri, quer a entidade adjudicante, quer, ainda, o Tribunal a quo, estavam obrigados a cumprir com os preceitos constitucionais, abstendo-se de aplicar normas ou regras ilegais e inconstitucionais, pelo que em cumprimento dos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da concorrência e do aproveitamento dos actos, nenhum sentido faria que o júri ou a própria entidade adjudicante (por si mesma ou mediante ratificação da decisão do júri nesse mesmo sentido) não pudessem eliminar referências ilegais colocadas no Convite dirigido a empresas candidatas.

U) Face ao dever imposto aos Tribunais no artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa – dever de não «aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados» – esteve mal o Tribunal a quo ao concluir pela legalidade e admissibilidade de uma condição de adjudicação, restritiva da concorrência, impedindo a prova sobre essa factualidade (no que diz respeito à circunstância da V... ser a única empresa em Portugal com a certificação ISO 27001 e com a acreditação da ACEPI e ao facto destas não serem necessárias, adequadas ou proporcionais ao objecto do procedimento) e ao anular o acto impugnado e o contrato celebrado.

V) Aliás, a conclusão que o Tribunal a quo retira em torno da necessidade, adequação e proporcionalidade de tais certificados assenta em presunções e juízos sem qualquer suporte factual ou probatório.

W) No que diz respeito à aplicação do princípio da auto-vinculação no caso ora em apreço, também se discorda da interpretação e aplicação que é defendida pelo Tribunal a quo, uma vez que este princípio não pode ser analisado de forma independente e estanque, abstraindo-se dos demais princípios e normas legais, sob pena de caminhar para uma solução que implicaria o total desrespeito do princípio da igualdade (que proíbe tratamento preferencial), do princípio da concorrência (que proíbe a discriminação e actos que tenham por efeito a restrição ou eliminação da concorrência) e do princípio da proporcionalidade (que implica que a Administração, no uso de poderes discricionários, deva prosseguir o interesse público em termos de justa medida, isto é, escolhendo as soluções de que decorram menos gravames, sacrifícios ou perturbações para a posição jurídica dos administrados).

X) Salvo melhor opinião, não é exigível à Administração que se veja obrigada a cumprir com uma formalidade ilegal por si colocada no Convite que apresentou ao público.

Y) Os documentos atrás referidos e indicados no Ponto 3 do Convite dizem respeito às qualidades e características dos próprios concorrentes e, nessa medida, nada têm haver com o conteúdo da proposta, pelo que não teria aqui aplicação nem o art. 57º, nº 1 do CCP, nem o art. 70º, nº 2, al. a) do CCP, pelo que, também aqui, o Tribunal a quo interpretou e aplicou incorrectamente o direito.

Z) Foi igualmente violado o disposto no art. 51º do CCP. AA) Esteve mal o tribunal a quo quando recusou a produção de toda e qualquer outra prova, considerando inútil qualquer outra indagação, para depois reconhecer na douda sentença recorrida (p. 13) que caso a V... fosse a única entidade a operar no mercado português com a referida certificação e fosse demonstrado que a entidade adjudicante sabia disso ou que pretendeu desvirtuar a concorrência com tal exigência, então o resultado (da decisão judicial) poderia ser outro.

BB) Ao reconhecer como relevante a questão colocada pela Recorrente, mas recusando pronunciar-se sobre a mesma e rejeitando a inquirição das testemunhas arroladas pela Recorrente, o Tribunal a quo violou o direito à prova que cabia à Recorrente, prova essa sobre facticidade alegada no respectivo articulado (referida nas Conclusões B), C) e D)) e que é o próprio Tribunal a quo a reconhecer como pertinente e como sendo passível de alterar o resultado final.

CC) Uma consequência lógica do reconhecimento do direito à prova é, naturalmente, o direito das partes à aquisição das provas admitidas e consequente dever do juiz de as admitir, como se pode deduzir do art. 515.º (provas atendíveis) do CPC.

DD) Na verdade, ao rejeitar uma prova fundamental para a descoberta da verdade material e com vista a uma decisão justa, imparcial e esclarecida, o Tribunal a quo não assegurou as garantias de imparcialidade e de acesso ao direito, violando, ainda, o princípio do inquisitório previsto no art. 265º, nº 3 do CPC e, ainda, os arts. arts. 87º, nº 1, al. c) e 90º, nºs 1 e 2 do CPTA e os arts. 511º, nº 1 e 515º do CPC.

*

I. A omissão de diligências de prova.

A Recorrente C..., nos artigos 12º e 13º da sua contestação, a fls. 47, invocou que a V..., ora Recorrida, é a única empresa em Portugal a possuir o certificado ISO 27001 e a acreditação no ACEPI.

Este facto é relevante, designadamente tendo em conta que a Contra-Interessada invocou que a exigência daqueles requisitos no Convite é ilegal por, em particular, violar o princípio da livre concorrência.

E a Contra-Interessada ofereceu prova testemunhal, a fls. 68. Prova esta que a ora Recorrente entende ter sido ilegalmente preterida.

Em bom rigor a falta de prova sobre este facto implicaria, por se traduzir na omissão de um facto relevante com influência no exame ou decisão da causa, a anulação do processado posterior aos articulados, incluindo a sentença recorrida - artigo 201º, n.º1, parte final, do Código de Processo Civil, *ex vi* do artigo 1º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, como pretende a Contra-Interessada, ora Recorrente.

Sucede que a postura assumida pela Recorrida no processo e, em particular, a declaração contida no ponto 20º das suas contra-alegações, a fls. 261, vale como confissão desse facto.

Seria assim um acto inútil - e, portanto, vedado por lei - repetir todo o processado e produzir prova testemunhal sobre esse facto- artigo 137º do Código de Processo Civil.

Ao invés, deverá dar-se tal facto como assente, sem necessidade de produção de prova, designadamente testemunhal.

II. Nulidade da sentença.

A Recorrente C... imputa à sentença a nulidade decorrente da omissão de pronúncia por não ter respondido a questões que foram colocadas - ver fls. 160 e conclusão A).

A nulidade por omissão de pronúncia, prevista na al. d) do n.º 1 do artigo 668º do C.P.C., está directamente relacionada com o comando que se contém no n.º 2 do art.º 660.º, servindo de cominação ao seu desrespeito: o juiz deve resolver na sentença todas as questões (não resolvidas antes) que as partes tenham suscitado; não se verifica esta nulidade quando a sentença aprecia todas as questões suscitadas, directamente ou por remissão para outras decisões ou doutrina, embora não tenha em conta todos os argumentos apresentados pelas partes (neste sentido ver os acórdãos do **Supremo Tribunal Administrativo** de 03.07.2007, recurso 043/07, de 10.09.2008, recurso 0812/07, de 28.01.2009, recurso 0667/08, e de 28.10.2009, recurso 098/09).

A recorrente não diz, no entanto, quais as questões que ficaram sem resposta nem nós vislumbramos quais.

A sentença apreciou todas as questões que foram suscitadas e que estão perfeitamente identificadas no respectivo intróito, a saber, os vícios imputados pela Autora, ora Recorrida, ao acto impugnado: o vício de violação de lei, por inobservância do disposto no artigo 146º, n.º 2, alínea d) e artigo 57º, n.º 1, alínea c) do CCP, *ex vi* artigo 122º, n.º 2 do CCP; do artigo 146º, n.º 2, alínea n) e artigo 132º, n.º 4 do CCP e do artigo 146º, n.º 2, alínea o) e artigo 70º, n.º 2 do CCP; vício de violação de lei, por desrespeito do princípio da legalidade e da auto-vinculação administrativa; vício de violação de lei, por desrespeito dos princípios da contratação pública, em especial o princípio da transparência, da imparcialidade e da igualdade subjacentes ao disposto no artigo 1º, n.º 4 do CCP.

Sucedeu que as decidiu todas em sentido contrário ao pretendido pela Recorrente.

O que poderá traduzir - e traduz, como adiante veremos - um erro de julgamento, mas não a nulidade da sentença (ver a este propósito também o acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo** de 17-03-2010, recurso n.º 0964/09).

A Recorrente, aliás, acaba por caracterizar a situação como “erro de interpretação e aplicação da lei”, ao mesmo tempo que a caracteriza de nulidade - ver fls. 160 e conclusão A).

Termos em que improcede a arguida nulidade.

III. Matéria de facto.

Como acima se referiu, deverá dar-se como assente o facto, reconhecido pela Recorrida, de que esta é a única empresa em Portugal a possuir o certificado ISO 27001 e a acreditação no ACEPI.

Também se deverá dar como assente, nos mesmos moldes, os seguintes factos invocados pela Recorrida e que se encontram documentados no processo (artigo 712º, n.º1. alínea a), do Código de Processo Civil; ver processo instrutor):
. A Recorrente C... aceitou as peças do procedimento, não tendo pedido qualquer esclarecimento sobre as mesmas.

. E assinou o Anexo I - modelo de declaração (artigo 57.º DL 18/2008, de 29 de Janeiro), onde especificamente declara que “*executará o referido contrato nos termos previstos nos seguintes documentos: (...) c) Declaração ISO 27001 - em implementação*”.

*

Devemos assim dar por indiciados os seguintes **factos com relevo**:

1. A entidade demandada procedeu à abertura de procedimento, por ajuste directo, para a prestação de serviços de subscrição de uma plataforma electrónica de contratação pública - cfr. fls. 58 e seguintes do processo cautelar apenso, ou PA.
2. Foram convidadas a apresentar proposta a autora (V..., S.A.) e a contra-interessada (C..., S.A.).
3. Nos termos do nº 3 do Convite, entre os documentos que deviam instruir a proposta, vinham referidos o «Documento comprovativo de acreditação pela ACEP, bem como documento comprovativo de cumprimento da norma ISO 27001» - cfr. PA.
4. A autora apresentou proposta acompanhada de tais documentos (cfr. PA), mas a contra-interessada apenas apresentou com a sua proposta os documentos que constituem fls. 89 e fls. 90 e seguintes dos autos do processo cautelar, que aqui se reproduzem.
5. O Caderno de Encargos do procedimento é o que consta de fls. 62 a 73 dos autos do processo cautelar, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido (ver também PA).

6. Em 16 de Fevereiro de 2011, a requerente foi notificada do relatório preliminar de avaliação das propostas – cfr. fls. 74 a 77 do processo cautelar.
7. A requerente exerceu audiência prévia nos termos constantes de fls. 78 e seguintes dos autos do processo cautelar apenso, que aqui se reproduzem (ver também PA).
8. Em 7 de Março de 2011, a requerente foi notificada que, por despacho do Presidente da Câmara Municipal de Arganil de 4 de Março de 2011, o procedimento foi adjudicado à C..., S.A., bem como do relatório final do júri do procedimento datado de 4 de Março de 2011.
9. Em 16 de Março de 2011, foi celebrado entre a contra-interessada e a entidade requerida o contrato que constitui fls. 139 e seguintes do processo cautelar, cujo teor aqui se reproduz (ver também PA).
10. Até à data da decisão de adjudicação, a requerente fornecia à entidade requerida uma plataforma electrónica de contratação pública.
11. A V... é a única empresa em Portugal a possuir o certificado ISO 27001 e a acreditação no ACEPI.
12. A Recorrente C... aceitou as peças do procedimento, não tendo pedido qualquer esclarecimento sobre as mesmas.
13. E assinou o Anexo I - modelo de declaração (artigo 57.º DL 18/2008, de 29 de Janeiro), onde especificamente declara que *“executará o referido contrato nos termos previstos nos seguintes documentos: (...) c) Declaração ISO 27001 – em implementação”*.

*

III. O enquadramento jurídico.

Foram estes os vícios imputados pela Autora ao despacho do Presidente da Câmara Municipal de Arganil, de 4 de Março de 2011, que adjudicou à ora Recorrente C..., S.A., a prestação de serviços objecto do procedimento de ajuste directo para a subscrição de uma plataforma electrónica de contratação pública; vícios que a sentença recorrida julgou verificados:

1. O vício de violação de lei, por inobservância do disposto no artigo 146º, n.º 2, alínea d) e artigo 57º, n.º 1, alínea c) do CCP, *ex vi* artigo 122º, n.º 2 do CCP; do artigo 146º, n.º 2, alínea n) e artigo 132º, n.º 4 do CCP e do artigo 146º, n.º 2, alínea o) e artigo 70º, n.º 2 do CCP;
2. O vício de violação de lei, por desrespeito do princípio da legalidade e da auto-vinculação administrativa;
3. O vício de violação de lei, por desrespeito dos princípios da contratação pública, em especial o princípio da transparência, da imparcialidade e da igualdade subjacentes ao disposto no artigo 1º, n.º 4 do CCP.

Por seu turno, as ora Recorrentes entendem que nenhum destes vícios se verifica, e, pelo contrário, defendem que a procedência da acção, em toda a linha, viola, essa sim, o princípio da livre concorrência; para além de traduzir erro de julgamento, por se considerar a qualificação do certificado ISO 27001 como um documento relativo ao serviço a prestar e não à concorrente; erro

também por se considerar a apresentação deste certificado como uma formalidade essencial, em detrimento do princípio do favor do concurso e do contrato em que culminou; e erro por não ter em conta que no procedimento de ajuste directo não pode ser avaliada a capacidade técnica dos concorrentes.

A questão primeira a apreciar, fundamental, é a questão da invocada violação do princípio da livre concorrência, dado que a resposta a esta acaba por condicionar a resposta às demais questões.

Como se refere na sentença recorrida, citando **Rodrigo Esteves de Oliveira** em *“Os princípios gerais da contratação pública, Estudos de Contratação Pública”*, Tomo I, Coimbra Editora, 2008, página 66 e seguinte, «o princípio da concorrência é actualmente a trave-mestra da contratação pública».

Mas precisamente esta asserção – que acolhemos – é precisamente a que nos leva a decidir em sentido contrário.

Está provado que a V..., ora Recorrida, é a única empresa em Portugal a possuir o certificado ISO 27001 e a acreditação no ACEPI.

Sendo assim, sempre que estivesse em causa no procedimento a prestação de serviços de idêntica natureza à que aqui está em causa, o resultado já estaria pré-determinado, passando a saber-se antecipadamente a quem iria ser adjudicado o serviço, sempre a mesma pessoa colectiva, a empresa ora recorrida.

O que claramente constitui uma violação do princípio da concorrência.

Não se trata apenas de restringir – fundadamente ou não – a concorrência.

Trata-se pura e simplesmente de a eliminar.

E mostra-se irrelevante, para esta conclusão, que a Entidade Adjudicante tivesse ou não conhecimento deste facto.

Face à posição assumida no procedimento, até se pode admitir que a Entidade Adjudicante introduziu tais exigências no Convite por erro nos pressupostos de facto, ou seja, por desconhecer em absoluto que apenas a ora Recorrida satisfazia essas exigências.

Em qualquer caso, o conhecimento por parte da entidade adjudicante de um facto que elimina a concorrência releva para efeitos de violação do princípio da isenção, da justiça e da imparcialidade.

Não releva para se concluir se foi ou não violado o princípio da concorrência. A existência ou não de (possibilidade de) concorrência é uma realidade objectiva que, como tal, se aprecia objectivamente.

No caso, a exigência de possuir o certificado ISO 27001 e a acreditação no ACEPI elimina, objectivamente, toda e qualquer concorrência porque só a Recorrida os possui em Portugal.

Assim, logo por violação do princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos se deveria ter por ilegal a exigência, feita no Convite, quer da acreditação do ACEP quer da certificação pela norma ISO 27001.

E não se diga, para impedir esta conclusão, que a Entidade Adjudicante poderia reclamar para a sua plataforma electrónica um padrão ou bitola de segurança superiores, como se faz na sentença recorrida.

É que, por um lado, a referidas exigências, e em concreto a exigência ISO 27001 - a que verdadeiramente aqui está em causa - não se referem ou pelo menos não se referem directamente e exclusivo, como adiante veremos, ao modo de prestação do serviço em apreço, ou seja, à execução do contrato.

E, por outro lado, ainda que esta exigência se referisse à execução do contrato, a prevalência do princípio da concorrência sempre deveria preferir qualquer eventual vantagem que adviesse da sua introdução no Convite.

A aparente vantagem de uma melhor prestação de serviço acabaria por desaparecer com a eliminação da concorrência. A empresa vencedora, tendo garantido o ganho em todos os concursos da mesma natureza e com as mesmas exigências, facilmente cairia na tentação de não manter a mesma qualidade do serviço.

A imposição de uma real e efectiva concorrência nos contratos públicos visa precisamente manter vivo o interesse em melhorar constantemente a oferta do serviço a prestar.

Resolvida esta primeira questão passemos a analisar os vícios imputados pela Autora, ora Recorrida, ao acto de adjudicação, não perdendo de vista essa trave mestra dos contratos públicos, o princípio da concorrência.

Vejamos então, em primeiro lugar, se o acto de adjudicação anulado na sentença sob censura padece do vício de violação de lei, por inobservância do disposto nos seguintes preceitos do Código de Contratos Públicos: artigo 146º, n.º 2, alínea d) e artigo 57º, n.º 1, alínea c), *ex vi* artigo 122º, n.º 2; do artigo 146º, n.º 2, alínea n) e artigo 132º, n.º 4; e do artigo 146º, n.º 2, alínea o) e artigo 70º, n.º 2.

Dispõe a alínea d) do n.º 2 do artigo 146º do Código de Contratos Públicos que no relatório preliminar o Júri do Concurso deve propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas que não estejam instruídas com os documentos a que alude o artigo 57º do mesmo diploma.

Para este preceito remetem também, directa ou indirectamente, os demais preceitos invocados a propósito deste primeiro vício imputado ao acto de adjudicação.

Ora a alínea c) do n.º 1, do artigo 57º do Código de Contratos Públicos determina que as propostas devem integrar, além do mais, os documentos *“exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule”*.

O cerne desta questão está, portanto, em saber se a exigência da certificação ISO 27001 e a acreditação no ACEPI, têm ou não a ver com *“aspectos da execução do contrato”*.

Quanto à creditação ACEPI e como se referiu na sentença recorrida - sem ter

sido posto em causa - nenhuma dúvida existe de que não se trata de qualquer aspecto relativo à execução do contrato mas da empresa, ora Recorrida.

Como consta no sítio da ACEP (www.acepi.pt), esta acreditação representada graficamente pelo “selo de conformidade”, «ajuda os Internautas a encontrar empresas online de confiança e seguras, que se distinguem por terem assumido voluntariamente elevados níveis de compromisso ético e de responsabilidade. Para além de garantir que o site que encontra registado legalmente e que são aplicados princípios de segurança e privacidade no tratamento de dados pessoais e de carácter financeiro, o selo revela ainda que as condições de venda e os procedimentos de entrega da empresa são transparentes e íntegros».

Mas também à mesma conclusão se chega em relação à exigência de certificação ISO 27001.

Como refere a Entidade Pública ora Recorrente, a fronteira entre um documento de qualificação e um documento da proposta não pode pois ser traçada na susceptibilidade de certificação constante de documento ter impacto ou trazer vantagens para a prestação de serviços ou fornecimento de bens em questão; isto porque é intuitivo que uma entidade adjudicante, ao exigir comprovativos de que o interessado cumpre normas de garantia de qualidade, tem expectativas que essa certificação se reflecta de alguma forma em mais-valias no produto vendido e, sobretudo, no serviço prestado.

A distinção entre um documento de qualificação, relativo ao candidato ou interessado, e um documento da proposta só pode ser encontrada, portanto, naquilo que é objecto de certificação no documento em causa: se a certificação é da empresa trata-se de um documento de qualificação; se a certificação é do produto ou serviço oferecido, então trata-se de um documento da proposta. Ora relativamente à norma ISO 27001, trata-se, como refere a Entidade Pública ora Recorrente, de um requisito preenchido por uma organização, um sistema de gestão a implementar no quadro de uma organização e que, como consta da própria página da ora Recorrida, é detido por “mais de 4.000 empresas em todo o mundo” (ver http://portugal.vortal.biz/faqs_page_800).

O que se encontra certificado é um determinado aspecto, das empresas, um sistema de gestão com elevados padrões de segurança

Não se trata, assim, de uma certificação de um produto ou serviço a fornecer, mas sim de um operador económico.

Não se trata, em concreto, da certificação de um determinado padrão de qualidade do serviço de “subscrição de uma plataforma electrónica de contratação pública”, em causa no presente procedimento.

Não se vê razão, aliás, para distinguir neste aspecto a certificação ISO 27001 da creditação ACEPI, dado que esta também atesta, indirecta e parcialmente, a qualidade do serviço prestado: “o selo revela ainda que as condições de venda e os procedimentos de entrega da empresa são transparentes e íntegros» (ver acima).

De resto, a própria sentença recorrida o refere, compulsado o Caderno de Encargos verifica-se efectivamente que nenhuma exigência é feita relativamente

à prestação de serviços de acordo com a norma ISO 27001 ou de acordo com as regras de acreditação da ACEPI.

Sendo a certificação ISO 27001 relativa a uma determinada qualidade do agente económico, não tinha de acompanhar a proposta, nos termos das disposições invocadas pela ora Recorrida.

Pelo contrário, essa exigência é incompatível com o disposto no artigo 75.º do Código dos Contratos Públicos, onde se veda a utilização de factores de avaliação de propostas que digam respeito, directa ou indirectamente, a qualidades ou características dos concorrentes.

Isto sendo certo que no procedimento de ajuste directo, não está sequer prevista a fase de qualificação dos candidatos.

Em todo o caso, ainda que a certificação dissesse respeito ao modo de execução do serviço, dado que o resultado prático dessa exigência seria não apenas a restrição mas a eliminação de toda a concorrência, sempre teríamos o mesmo resultado, o da ilegalidade dessa exigência face ao princípio da concorrência, prevalecente.

Não se verificou, portanto, no acto de adjudicação, o vício de violação de lei imputado em primeiro lugar pela Autora, ora Recorrida, ao contrário do decidido.

Passemos agora ao segundo vício imputado ao acto de adjudicação, o vício de violação de lei, por desrespeito do princípio da legalidade e da auto-vinculação administrativa;

A Entidade Pública ora Recorrente exigiu no ponto 3 do seu Convite, é certo, a entrega pelos concorrentes do documento comprovativo do cumprimento da norma ISO 27001 como documento que deveria instruir a proposta.

Sucedo porém que a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade – art.º 266º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, e art.º 3º do Código de Procedimento Administrativo.

Este princípio para a Administração, ao contrário do que sucede para os particulares, significa não simples compatibilidade com a lei – fazer tudo o que a lei não proíba – mas vai mais longe, exige, conformidade com a lei – fazer só o que a lei prevê.

É o que resulta das expressões, utilizadas no mencionado art.º 3.º do Código de Procedimento Administrativo: *“obediência à lei”, “nos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos”* em *“conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes foram conferidos”* (ver a este propósito **Mário Esteves de Oliveira e outros**, no *Código de Procedimento Administrativo*, comentado, 2.ª ed., pp. 86-90).

Ora no caso concreto, como vimos, a exigência de documentos comprovativos da certificação ISO 27001 da creditação ACEPI seria ilegal, face ao disposto no artigo 75º do Código dos Contratos Públicos que veda a utilização de factores de avaliação de propostas que digam respeito, directa ou indirectamente, a qualidades ou características dos concorrentes. E, antes de tudo o mais, seria

ilegal face ao princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1º do mesmo diploma.

Assim, o princípio da legalidade e o da auto-vinculação, este balizado pela legalidade, impunham a solução - a única legalmente possível - de não exigir de documentos comprovativos da certificação ISO 27001 da creditação ACEPI e, conseqüentemente, não excluir a empresa ora Recorrente do concurso.

Daí que também por esta via se imponha revogar a sentença recorrida, verificado que também aqui o acto de adjudicação não padece de vício invalidante.

Finalmente, cabe apreciar o último vício imputado pela ora Recorrida ao acto de adjudicação: o vício de violação de lei, por desrespeito dos princípios da contratação pública, em especial o princípio da transparência, da imparcialidade e da igualdade subjacentes ao disposto no artigo 1º, n.º 4 do Código de Contratação Pública.

Por força do princípio da transparência, *“Os interessados devem...poder retirar do ‘modelo de avaliação das propostas’ as informações necessárias e úteis à concepção e apresentação da sua melhor proposta, ou seja, devem poder retirar dele os dados necessários para conhecer o que é que as entidades adjudicantes irão tomar em consideração para apurar a proposta mais competitiva, e em que medida ou em que peso.”* - **Rodrigo Esteves de Oliveira**, *Os princípios gerais da contratação pública*, in Estudos de Contratação Pública, volume I, Coimbra Editora, 2008, página 101.

Ou como ensina **Diogo Freitas do Amaral**, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, Almedina, 2001, página 584: O princípio da transparência *“... postula, em síntese, que a Administração Pública ... não lhes pode sonegar informação”*.

E como refere **Maria Teresa de Melo Ribeiro**, in *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, p. 191, este princípio surge como *“uma forma de garantir, preventivamente, a imparcialidade da actuação da Administração”*.

O princípio da igualdade *“impõe à entidade adjudicante uma conduta estritamente igual para todos os concorrentes e candidatos, impedindo-a de tomar medidas (directas ou indirectas) de discriminação (jurídica ou fáctica) que possam beneficiar ou prejudicar ilegitimamente (é dizer sem justificação suficiente) qualquer ou quaisquer deles”* - **Rodrigo Esteves de Oliveira**, obra citada, página 92.

O princípio da imparcialidade que por vezes se confunde com o da igualdade, veda à entidade que lança o concurso situações objectivas que possam pôr em causa a sua isenção relativamente a qualquer dos concorrentes e *“impõe ainda, e de um modo especial, o dever por parte da Administração Pública de ponderar todos os interesses públicos e os interesses privados equacionáveis para o efeito de certa decisão antes da sua adopção”* - **Diogo Freitas do Amaral**, obra citada, página, 580.

Como se referiu, o princípio da concorrência é um princípio basilar da contratação pública. A par do princípio da legalidade que preside a toda a actuação da Administração. Todos os demais devem ser compaginados com estes princípios.

O procedimento pode ser transparente, imparcial e igualitário. Se não respeitar normas imperativas e as regras da livre concorrência, é ilegal. A transparência, a imparcialidade e a igualdade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência.

Nestes pressupostos – que temos por válidos – encontramos a resposta que entendemos por adequada ao caso concreto.

Verificado no procedimento que a V... é a única empresa que em Portugal que possui a certificação ISO 27001 e a creditação ACEPI, tais exigências deveriam pura e simplesmente ignoradas, face ao princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1º do Código da Contratação Pública.

Por outro lado, como verificámos, e a própria sentença recorrida constatou, o Caderno de Encargos não determina que a prestação de serviços siga a norma ISO 27001.

Ora os aspectos da execução do contrato, não submetidos à concorrência, encontram-se vertidos no Caderno de Encargos; ou seja: “as regras do jogo” são as que constam deste documento.

Pelo que a desconsideração dos referidos documentos não traduz qualquer alteração das regras do jogo, e, nessa medida, não se verifica qualquer violação do princípio da transparência ou da estabilidade objectiva do procedimento.

Não houve, por isso, ao contrário do consignado na sentença recorrida, qualquer alteração das regras do procedimento “a meio do jogo” relativamente a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência.

Em todo o caso, ainda que fizesse parte dos aspectos da execução do contrato, não submetidos à concorrência, consignados no Caderno de Encargos, a certificação em causa não seria exigível face ao princípio da legalidade, por constituir uma exigência ilegal, como a cima ficou dito e, em especial, por violação do princípio da concorrência.

A questão da imparcialidade não se põe em causa também precisamente por obediência aos princípios da legalidade e da concorrência.

A entrega dos documentos em causa não era legalmente exigível para assegurar a validade das propostas, como se referiu, por não respeitar a aspectos da execução do contrato. E por essa exigência, a entender-se exigível no caso concreto, se traduzir numa violação do princípio da concorrência.

Não sendo legalmente exigível a referida certificação não se traduz em qualquer parcialidade o facto de a proposta da ora Recorrente C... não ter sido excluída por essa falta.

Aliás a exclusão da C... por não apresentar a certificação ISO 27001 ou a creditação ACEPI, isso sim, traduziria uma violação dos princípios da imparcialidade e da igualdade por objectivamente se traduzir numa situação de favor que a lei veda, a adjudicação automática decorrente de uma qualificação que apenas a ora Recorrida V... dispõe em Portugal.

Pelo exposto, o acto impugnado também não violou os princípios da auto-vinculação administrativa, estabilidade das regras dos concursos, da transparência e da imparcialidade.

Era, pelo contrário, face ao que ficou dito, a única opção legal.

Cabe referir, finalmente, que se mostra improcedente o argumento apresentado pela ora Recorrida V..., defendendo a validade da exigência dos referidos documentos, no sentido de que a Recorrente C... aceitou as peças do procedimento, não tendo pedido qualquer esclarecimento sobre as mesmas, nem invocado quaisquer eventuais erros ou omissões, tendo assinado o Anexo I - modelo de declaração.

Trata-se de uma aceitação a que não pode ser reconhecido relevo jurídico.

Na verdade esta aceitação só teria relevo se a exigência em causa fosse legal, e não é, como vimos.

Isto porque não estão aqui em jogo direitos ou interesses disponíveis.

O princípio da concorrência e a proibição de valorização da qualidade dos concorrentes na fase de apreciação das propostas têm como objectivo a escolha da melhor proposta para a prestação de um serviço que persegue um fim público.

Este interesse, pela sua natureza pública, não está na livre disponibilidade das partes, pública ou privada.

Daí que aceitação dessa imposição ilegal, prejudicando interesses públicos indisponíveis, seja inoperante.

Constatado que não se verifica qualquer vício invalidante no acto de adjudicação impugnado, forçoso é concluir-se pela procedência do recurso jurisdicional, com prejuízo de todas as demais questões suscitadas pelos Recorrentes, e, com a revogação da sentença recorrida, impõe-se julgar improcedente a acção de contencioso pré-contratual intentada pela ora Recorrida V....

*

Pelo exposto, os juízes da Secção Administrativa do Tribunal Central Administrativo Norte, acordam em conceder provimento ao recurso jurisdicional, pelo que:

A) Revogam a sentença Recorrida.

B) Julgam totalmente improcedente a acção intentada pela V..., mantendo na ordem jurídica, em consequência, o despacho do Presidente da Câmara Municipal de Arganil, de 4 de Março de 2011, que adjudicou à concorrente C... a prestação de serviços objecto do procedimento de ajuste directo para a subscrição de uma plataforma electrónica de contratação pública bem como o consequente contrato celebrado em 16 de Março de 2011 entre os ora Recorrentes.

Custas em ambas as instâncias pela ora Recorrida.

*

Porto, 7 de Outubro de 2011

Ass. Rogério Paulo da Costa Martins
Ass. Ana Paula Soares Leite Martins Portela
Ass. Maria do Céu Dias Rosa das Neves