

**ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL  
DE 20 DE OUTUBRO DE 2011 (PROC. 8072/11)**

**SUMÁRIO:**

I - Nos termos do disposto no art. 59º, nº 1 do CCP consideram-se propostas variantes as que relativamente a um ou mais aspectos da execução do contrato a celebrar, contenham atributos que digam respeito a condições contratuais alternativas;

II - A proposta da aqui Recorrida, apresentando um número de horas de assistência evolutiva superior ao determinado, através do orçamento apresentado para esse subfactor, afectou o preço proposto (que é um atributo da proposta) e constitui uma proposta variante;

III - Não admitindo o Programa do Concurso a apresentação de propostas variantes, bem como de propostas que envolvessem a alteração ou derrogação de condições imperativas do caderno de encargos (cfr. nº 6 do art. 8º do Programa do Concurso), tal proposta de ser excluída, nos termos do disposto no art. 146º, nº 2, al. f) do CCP.

**TEXTO INTEGRAL:**

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Central Administrativo Sul

Vem interposto recurso da sentença do TAC de Lisboa que julgou procedente a acção de contencioso pré-contratual, de impugnação do acto que excluiu a proposta da aqui Recorrida do Concurso Público *para criação e desenvolvimento do portal COMPETE Programa Operacional Factores de Competitividade, disponibilização da plataforma tecnológica, incluindo a infra-estrutura de acesso, bem como os serviços de alojamento e manutenção evolutiva*, anulando tal acto de exclusão e condenando na aceitação da proposta apresentada pela Autora.

Em alegações são formuladas as seguintes conclusões:

I. A Doute Sentença recorrida viola as disposições dos n.os 1, 3 e 7 do art. 59.º, das alíneas b) e c) do n.º 1 do art. 70.º, bem como das alíneas f) e o) do n.º 2 do art. 146.º, todos do Código dos Contratos Públicos (CCP);

II. Por força das disposições conjugadas do nº 1 do art. 59.º e da alínea f), do n.º 2 do art. 146.º, o CCP agregou, sob o conceito de "proposta variante", todas as situações em que os concorrentes proponham condições contratuais alternativas, incluindo as comumente designadas "propostas condicionadas" e "propostas alternativas";

III. Para que exista uma proposta variante, nos termos e para os efeitos visados por estas disposições legais, não é necessário que exista uma proposta base e

uma proposta alternativa/variante, bastando que, na única proposta apresentada, o concorrente introduza condições contratuais alternativas;

IV. Nos termos do n.º 6 do art. 8.º do Programa de Concurso, não era "*admitida a apresentação de propostas variantes, bem como a alteração e/ou derrogação de condições imperativas do Caderno de Encargos*";

V. Nos termos do esclarecimento prestado pela Recorrente relativamente à matéria em apreço, esta estabeleceu como limite mínimo e suficiente uma bolsa anual de 250 horas para os serviços de manutenção preventiva a prestar ao abrigo do contrato a adjudicar;

VI. A Recorrida sujeitou os serviços de manutenção preventiva a prestar/disponibilizar à ora Recorrente a um duplo limite - não solicitado, nem admitido, por esta -, designadamente:

a. 40 horas mensais; e,

b. 80 horas acumuladas.

VII. A Recorrida não só não se obrigou, incondicionalmente, a prestar as referidas 250 horas de assistência, como o preço por a mesma proposto não garante, incondicionalmente, a prestação desse mesmo montante de horas, pelo que não é possível afirmar que a proposta da Recorrida garantia mais horas do que as dos demais Concorrentes e, ainda para mais, por um valor mais baixo.

VIII. Porque a Recorrente apenas pretendia adquirir 250 horas anuais de manutenção, pagando o correspondente preço, e não adquirir horas mensais, em montante (teoricamente) superior, pagando um preço desprovido de qualquer correspondência com os serviços efectivamente solicitados e a prestar, a proposta da Recorrida configura uma proposta variante, em termos não admitidos no Caderno de Encargos, pelo que, nos termos das disposições conjugadas do art. 59.º, n.os 1, 3 e 7, do art. 146, n.º 2 alínea f), ambos do CCP, e do n.º 6 do art. 8.º do Programa de Concurso;

IX. Porque a Recorrente não pretendia adquirir horas mensais, mas sim um plafond de 250 horas anuais, não sujeito a qualquer limite mensal, ou a quaisquer outras condições/restrições, a proposta da Recorrida viola um parâmetro base fixado no Caderno de Encargos, apresentando ainda termos que violam aspectos da execução do contrato a celebrar não submetidos à concorrência, pelo que, atento o disposto na alínea b), do n.º 1 do art. 70.º do CCP, na alínea o) do n.º 2 do art. 146.º, ambos do CCP, e no art. 8.º, n.º 6 do Programa de Concurso, bem como o teor do esclarecimento prestado, bem andou a Recorrente ao excluir a proposta em causa;

X. Tendo em conta que, nos documentos do procedimento, a ora Recorrente não admitiu a apresentação/introdução de qualquer condição que, no limite, permitisse a prestação de um número de horas de manutenção preventiva inferior a 250 horas anuais, bem como que o preço a apresentar/cobrar pelos concorrentes para a prestação dos serviços em causa deveria garantir, incondicionalmente, esse número mínimo de horas anuais, a proposta da Recorrida viola os parâmetros base fixados no Caderno de Encargos,

apresentando ainda termos ou condições que violam aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência, pelo que, nos termos das disposições conjugadas do n.º 6 do art. 8.º do Programa de Concurso, da alínea b) do n.º 2 do art. 70.º e da alínea o) do art. 146.º, ambos do Código dos Contratos Públicos, a decisão de exclusão da proposta em causa é perfeitamente legítima e lícita;

XI. Dado que a forma de apresentação dos atributos da proposta da Recorrida, designadamente os relativos às condições e ao preço dos serviços de manutenção evolutiva impedem a avaliação da mesma, mormente a sua comparação com as demais, nos termos das disposições conjugadas da alínea c) do n.º 2 do art. 70.º e da alínea o) do art. 146.º, ambos do CCP, a decisão de exclusão da proposta em causa é perfeitamente legítima e lícita.

Em contra-alegações são formuladas as seguintes conclusões:

I - O que está em causa nos presentes autos é saber se a proposta apresentada pela Recorrida, e excluída pela Recorrente, ao propor um número de horas superior ao indicado pela Recorrente como valor suficiente nos esclarecimentos prestados, constitui ou não uma proposta variante não admitida pelas peças concursais.

II - Ora, nos termos do artigo 59.º do CCP, são variantes as propostas que, relativamente a um ou mais aspectos da execução do contrato a celebrar, contenham atributos que digam respeito a condições contratuais alternativas nos termos expressamente admitidos pelo caderno de encargos.

III - Face aos esclarecimentos prestados pela Recorrente o número de horas estabelecido para a assistência técnica evolutiva não constituía, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 56.º do CCP, um atributo da proposta, isto é, um aspecto submetido à concorrência.

IV - Com efeito, a bolsa anual de horas estabelecida pela Recorrente apenas configura um parâmetro base do Caderno de Encargos no seu valor mínimo.

V - Assim, se apenas o preço proposto para a assistência constitui um factor de ponderação do critério de adjudicação e sendo esse factor (preço) valorado independentemente do número de horas proposto, para a Recorrente apenas é relevante que o preço em causa respeite ao número mínimo de horas que entendeu e estabeleceu como necessário e como suficiente.

VI - Pelo que, se a Recorrida se propõe prestar mais horas apresentando, ainda assim, melhor preço do que as concorrentes que apenas se propuseram prestar 250 horas de assistência, não se vislumbra em que medida a proposta em causa seja violadora de alguma disposição ou princípio concursal.

VII - Se a Recorrente pretendesse apenas adquirir 250 horas anuais tê-lo-ia dito expressamente nos seus esclarecimentos, e não o fez.

VIII - Não se verificando, assim, pela razão de a proposta apresentada pela ora recorrida apresentar um número de horas/ano de assistência superior ao determinado no caderno de encargos, qualquer causa de exclusão da mesma, nos termos do disposto nos artigos 70.º, n.º 2 e 146.º do CCP.

IX - A douta sentença recorrida não violou, assim, nenhuma das alegadas disposições legais.

Foi dado cumprimento ao disposto no art. 146º, nº 1 do CPTA.

Sem vistos vem o processo à conferência.

### **Os Factos**

A sentença recorrida considerou provados os seguintes factos:

A) Pela Autoridade de Gestão do Programa Operacional Temático Factores de Competitividade (POFC) foi aberto Concurso Público para *criação e desenvolvimento do portal COMPETE Programa Operacional Factores de Competitividade, disponibilização da plataforma tecnológica, incluindo a infra-estrutura de acesso, bem como os serviços de alojamento e manutenção evolutiva*;

B) O Anúncio do Concurso foi publicado no DR, II série, de 27 de Julho de 2010 (fls. 119-121 do processo administrativo);

C) A Autora apresentou proposta no âmbito do concurso mencionado na alínea anterior (acordo e Relatório Preliminar de fls. 167-192 do processo administrativo);

D) Na fase de esclarecimentos a Entidade Demandada, à questão *Qual o volume mínimo e recomendado de assistência evolutiva pretendido*, deu a resposta seguinte: *Todos os conteúdos serão actualizados pelo Compete. A manutenção evolutiva prende-se com a necessidade de poder, ao longo do contrato ter liberdade para adicionar novas funcionalidades ao projecto, pelo que se considera uma bolsa anual de 250 horas como suficiente para a tipologia de serviços em causa* (fls. 130, 134 e 138 do processo administrativo);

E) O Júri elaborou o Relatório Preliminar de 167-192, cujo teor se dá por integralmente reproduzido e do qual consta, a propósito da proposta da autora, designadamente, o seguinte: *«(...) o preço total da proposta da A... na medida em que é 50% inferior ao preço base indicado no procedimento, é considerado anormalmente baixo conforme alínea b) do nº 1 do art. 71º do CCP. Neste sentido, deverá a entidade apresentar, na plataforma, os esclarecimentos justificativos para aquele preço, os quais serão posteriormente analisados. (...)»*;

F) Na sequência do determinado no Relatório Preliminar, a Autora pronunciou-se, apresentando o documento de fls. 193-204 do processo administrativo, cujo teor se dá por integralmente reproduzido e no qual concluiu nos termos seguintes: *«(...) Nestes termos, e porque a proposta da A... respeita o teor do programa do concurso e caderno de encargos entende esta que deve ser revista a posição veiculada no relatório preliminar, de forma a que a avaliação dos concorrentes seja feita de acordo com o que é traduzido pelas matrizes de avaliação global em que a A... é a clara vencedora do concurso em apreço.»*;

G) Pelo Júri foi elaborado o segundo Relatório Preliminar, de fls. 209-269 do processo administrativo, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, e do qual consta, a propósito da proposta da Autora, designadamente, seguinte: *Analisada a alegação presente pelo concorrente "A...", designadamente,*

constante do número 66 "O preço global da proposta da A... dava à entidade responsável pelo Portal Compete direito a um determinado conjunto de horas de manutenção, excedendo o número de 250/ano", o júri verificou que por esta razão deveria a proposta ter sido excluída por apresentar variantes, pelo mesmo motivo que foram excluídas as seguintes propostas, no primeiro relatório:

- a) B...;
- b) C...
- c) D...
- d) E..., Ld.a

Sublinha-se que em sede de esclarecimentos determinou a entidade adjudicante que o cálculo para o item "Assistência Técnica Evolutiva" considerava uma bolsa anual de 250 horas (250\*3 anos).

O concorrente A... propõe 40 horas mensais, não acumuláveis por valores superiores a 80 horas, pelo período de 36 meses, não correspondendo ao determinado em procedimento, excedendo o número de horas não sendo ainda permitida a flexibilidade explícita de uma bolsa de horas. Ora, a alínea i. do artigo 13.º do Programa de concurso fixa como motivo de exclusão a apresentação de variantes. Assim, nos termos do fixado pela alínea f) do n.º 2 do artigo 146.º de Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-lei 18/2008, de 29 de Janeiro com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, o júri deliberou a exclusão da proposta do concorrente em questão.

Na sequência desta situação o júri decidiu no estrito cumprimento dos princípios da justiça e imparcialidade, verificar novamente todas as condições apresentadas pelo: concorrentes garantindo que mais nenhuma proposta apresentava variantes.

Desta análise resultou a identificação da proposta da Javali, a qual refere " *um prazo de manutenção evolutiva 36 meses propondo uma bolsa mensal de 20 horas...as bolsas de horas acima referidas, são acumuláveis*". Ora, esta bolsa mensal corresponde a um total anual de 240 horas, ou seja de 720 horas para os 3 anos de contratos, correspondendo a menos 30 horas do que o determinado no procedimento.

Neste contexto e nos termos do fixado pela alínea f) do n.º2 do artigo 146.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-lei 18/2008, de 29 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto - Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, o júri deliberou a exclusão da proposta do concorrente em questão.

H) A Autora pronunciou-se sobre o proposto no segundo Relatório Preliminar através do documento de fls. 270-272 do processo administrativo, cujo teor se dá por integralmente reproduzido e no qual concluiu nos termos seguintes:

*«(...) Nestes termos, e porque a proposta da A... respeita o teor do Programa do Concurso e caderno de Encargos, não viola nenhum normativo legal que a impeça de estar em concurso, entende a A... que deve ser revista a posição veiculada no segundo Relatório Preliminar, de forma a que a proposta apresentada seja admitida e a avaliação*

*dos concorrentes seja feita de acordo com o que é traduzido pelas matrizes de avaliação individual de cada uma das propostas, resultando numa avaliação global em que a A... é a clara vencedora do concurso em apreço.»;*

I) Pelo Júri do Concurso foi elaborado o Relatório Final de fls. 299-344 do processo administrativo, cujo teor se dá por integralmente reproduzido e no qual foi proposta a exclusão da proposta da Autora e proposta a adjudicação à proposta da **innovagency**;

J) Por despacho do Gestor da **compete** datado de 21.03.2011 foi determinada a adjudicação à concorrente F... (fls. 349 do processo administrativo);

K) O art. 14º do PC dispunha, quanto ao modelo de avaliação das propostas que, *A adjudicação é feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta o modelo de avaliação das propostas constante do Anexo I, o qual é parte integrante do presente Programa do Concurso;*

L) Dá-se por reproduzido o teor do Anexo I, de fls. 105 do processo administrativo, constando do mesmo, que os critérios de avaliação das propostas terão por base os factores *Preço (40%), Criatividade (25%), BackOffice (20%), Projecto (15%);*

M) Resulta ainda do Anexo I, a propósito do factor *Preço*, que este tem uma ponderação de 40% e é dividido em dois subfactores, a saber, *valor execução (30%) e Valor alojamento e manutenção evolutiva (10%);*

N) O Caderno de Encargos não contém qualquer cláusula a respeito do número de horas para a *Assistência Técnica Evolutiva* (por acordo);

O) A proposta da Autora, no item *Assistência Técnica Evolutiva*, propôs 40 horas mensais (por acordo);

P) Nas peças concursais não consta qualquer disposição que permita a apresentação de propostas variantes (acordo);

## **O Direito**

A sentença recorrida julgou procedente a acção de contencioso pré-contratual, de impugnação do acto que excluiu a proposta da aqui Recorrida do Concurso Público *para criação e desenvolvimento do portal COMPETE Programa Operacional Factores de Competitividade, disponibilização da plataforma tecnológica, incluindo a infra-estrutura de acesso, bem como os serviços de alojamento e manutenção evolutiva, anulando o acto da aqui Recorrente que determinou tal exclusão.*

Para tanto a sentença recorrida funda-se, nomeadamente, no seguinte:

*«O enquadramento jurídico feito pela Entidade Demandada nos Relatórios Preliminares e no Relatório Final não foi o correcto. Na verdade a questão em litígio é a de saber se proposta apresentada pela Autora ao exceder o número de horas indicado pela Entidade Demandada violou as peças concursais, designadamente, os parâmetros base fixados pelo Caderno de encargos (...).*

*Não obstante, a base anual de horas estabelecida pela Entidade Adjudicante apenas configura um parâmetro base do Caderno de encargos no seu valor mínimo (...).*

*Se a concorrente se propõe prestar mais horas apresentando, ainda assim, melhor preço do que os concorrentes que apenas propuseram 250 horas de assistência, não se vislumbra em que medida a proposta em causa seja violadora de alguma disposição ou princípio concursal (...).*

*Não se verifica, assim, pela razão de a proposta apresentar um número horas/ano de assistência superior ao determinado no Caderno de encargos, qualquer causa de exclusão da mesma nos termos do disposto nos arts. 70.º/2 e 146.º do CCP».*

A Recorrente alega que a Sentença recorrida viola as disposições dos n.ºs 1, 3 e 7 do art. 59.º, das alíneas b) e c) do n.º 1 do art. 70.º, bem como das alíneas f) e o) do n.º 2 do art. 146.º, todos do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Vejamos.

Tal como se refere na sentença recorrida em causa nos autos está apenas a apreciação do conceito de proposta variante, que o júri considerou relativamente à proposta apresentada a concurso pela A., aqui Recorrida.

De acordo com o disposto no art. 56º do CCP: “1- A proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo.

2 - (...), entende-se por atributo da proposta qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos.”

Por sua vez, o art. 59º, n.º 1 do mesmo diploma estabelece que “São variantes as propostas que relativamente a um ou mais aspectos da execução do contrato a celebrar, contenham atributos que digam respeito a condições contratuais alternativas nos termos expressamente admitidos pelo caderno de encargos.”, Sendo que nos termos do n.º 7 do referido preceito: “Nos casos em que o programa do procedimento não permita a apresentação de propostas variantes, cada concorrente só pode apresentar uma única proposta.”

No Concurso aqui em causa os critérios de avaliação das propostas têm por base os factores *Preço (40%), Criatividade (25%), BackOffice (20%), Projecto (15%)*; sendo que, conforme resulta do Anexo 1 ao Programa do Concurso, o factor *Preço*, é dividido em dois subfactores, a saber, *valor execução (30%) e Valor alojamento e manutenção evolutiva (10%)* – cfr als. L) e M) do probatório.

Comprova-se também que o Caderno de Encargos não contém qualquer cláusula a respeito do número de horas para a *Assistência Técnica Evolutiva* (cfr. al. N) dos FP).

No entanto, na fase de esclarecimentos a Entidade Demandada, à questão “*Qual o volume mínimo e recomendado de assistência evolutiva pretendido*”, deu a resposta seguinte: “*Todos os conteúdos serão actualizados pelo Compete. A manutenção evolutiva prende-se com a necessidade de poder, ao longo do contrato ter liberdade para adicionar novas funcionalidades ao projecto, pelo que se considera uma bolsa anual de 250 horas como suficiente para a tipologia de serviços em causa*”.

Ora, a proposta da aqui Recorrida, apresentando um número de horas de assistência evolutiva superior ao determinado, através do orçamento apresentado para esse subfactor, afectou o preço proposto (que é um atributo da proposta) e constitui uma proposta variante.

Efectivamente, o número de horas indicado para aqueles serviços foi fixado em 250 horas anuais (não sendo este um número mínimo).

No entanto, da proposta da Recorrida não é possível descortinar qual o preço proposto para aquelas 250 horas anuais (proposta base), mas sim para a alternativa que propõe de 480 horas anuais (40 horas mensais).

Como já se referiu, em sede de esclarecimentos determinou a entidade adjudicante que o cálculo para o item "Assistência Técnica Evolutiva" considerava uma bolsa anual de 250 horas (250\*3 anos).

Por isso o Júri no segundo Relatório Preliminar, de fls. 209-269 do processo administrativo, refere, a propósito da proposta da Autora, designadamente, seguinte:

*«Analisada a alegação presente pelo concorrente "A...", designadamente, constante do número 66 "O preço global da proposta da A... dava à entidade responsável pelo Portal Compete direito a um determinado conjunto de horas de manutenção, excedendo o número de 250/ano", o júri verificou que por esta razão deveria a proposta ter sido excluída por apresentar variantes (...).»*

Mais se dizendo que:

*«O concorrente A... propõe 40 horas mensais, não acumuláveis por valores superiores a 80 horas, pelo período de 36 meses, não correspondendo ao determinado em procedimento, excedendo o número de horas não sendo ainda permitida a flexibilidade explícita de uma bolsa de horas. Ora, a alínea i. do artigo 13.º do Programa de concurso fixa como motivo de exclusão a apresentação de variantes.»* (cfr al. G) dos FP).

Assim, considerando o Júri que a A., aqui Recorrida, havia apresentado uma proposta variante, decidiu excluir aquela proposta, nos termos do art. 146º, nº 2, al f) do CCP.

Entendemos que o Júri decidiu correctamente, já que o preço constitui um dos atributos da proposta submetido à concorrência, do qual constituía um dos subfactores o orçamento de horas de manutenção, sendo certo que a Recorrida apresentou um número de horas alternativo, porque superior, ao que foi determinado em pedido de esclarecimento.

Assim, tal proposta não pode deixar de ser considerada como variante.

Ora, o Programa do Concurso não admite a apresentação de propostas variantes, bem como de propostas que envolvessem a alteração ou derrogação de condições imperativas do caderno de encargos (cfr. nº 6 do art. 8º do Programa do Concurso), pelo que tinha de ser excluída, como foi.

Assim, ao ter anulado o concurso, considerando que a proposta apresentada pela A. não revela qualquer causa de exclusão, a sentença recorrida enferma do erro de julgamento que lhe é imputado, por violação dos art. 59.º, das alíneas b) e c) do nº 2 do art. 70.º, bem como da alínea f) do nº 2 do art. 146.º, todos do

CCP.

Procede, conseqüentemente, o recurso, sendo de revogar a sentença recorrida.

Pelo exposto, acordam em:

- a) - conceder provimento ao recurso, revogando a sentença recorrida e julgando improcedente a acção;
- b) - condenar a Autora, aqui Recorrida, nas custas, em ambas as instâncias.

Lisboa, 20 de Outubro de 2011

TERESA DE SOUSA

PAULO CARVALHO

CARLOS ARAÚJO