

CAAD: Arbitragem Administrativa

Processo n.º: 68/2024-A

Tema: Contratação Pública

ACÓRDÃO

1. Enquadramento da lide arbitral

Por via do presente processo, a Demandante, **A..., LDA.**, peticiona a anulação do ato de exclusão da proposta que apresentou no quadro do concurso público, espoletado pela **B...** (doravante, “Demandada”), para a “Fiscalização e Coordenação de Segurança da Empreitada de Construção da Nova Central de ...”, bem como o ato de adjudicação à concorrente **C..., S.A.** (doravante, “Contrainteressada”), praticados pelo Conselho de Administração da Demandada e objeto de notificação a 23.08.2024.

Na petição arbitral, a Demandante começa por identificar a convenção de arbitragem (cf. os artigos 1.º a 6.º), seguindo-se a alegação factual da lide (cf. os artigos 7.º a 15.º) e algumas considerações iniciais de índole jurídica: “(...) *a exclusão da Demandante é ostensivamente ilegal, pelos motivos que explicitaremos infra, cominando derivada e conseqüentemente de ilegalidade todos os subsequentes termos do procedimento, mormente a avaliação das propostas admitidas ao concurso e a adjudicação do contrato à sobredita Contrainteressada. (...) Não podendo a Demandante, jamais, conformar-se com este resultado.*” (cf. os artigos 16.º e 17.º).

Ato contínuo, foi promovida a explanação referente ao aspeto jurídico da causa. Depois de transcrever o teor da cláusula 3.ª do caderno de encargos (cf. o artigo 19.º), a Demandante afirma que “**o prazo de execução do contrato é fixado em dias, única e exclusivamente em dias, que são 396 (trezentos e noventa e seis) dias!**” (cf. o artigo 20.º).

Segue-se a reprodução do artigo 10.º do programa do procedimento e as seguintes asserções:

“Isto é, o programa de procedimento impõe que os comumente designados de plano de pagamentos e de plano de mão-de-obra sejam apresentados e representados em meses, não determinando, contudo, quantos meses – nem podia determinar, pois é do caderno de encargos que resulta o prazo de execução do contrato e o mesmo é, inequivocamente, de 396 (trezentos e noventa e seis) dias.” (cf. o artigo 22.º).

“Ora, o que o Júri do concurso entende é que os 396 (trezentos e noventa e seis) dias correspondem invariável e irrefragavelmente a 13 (treze) meses, logo e no seu entendimento, os cronogramas que, segundo o programa de procedimento, têm que ser apresentados em meses, têm que contemplar e só podem contemplar 13 (treze) meses certos, sem mais nem menos um dia...” (cf. o artigo 23.º).

A Demandante discorda desse entendimento, referindo, antes de mais, que as peças do procedimento não fazem equivaler os 396 dias em 13 meses, *“pelo que, sendo o prazo de execução fixado em dias no caderno de encargos, é essa a única vinculação, os 396 (trezentos e noventa e seis) dias, que tem que ser respeitada quanto ao prazo de execução; (...) **Inexistindo, pura e simplesmente, qualquer termo ou condição no sentido de o prazo de execução ser de 13 (treze) meses.**”* (cf. o artigo 25.º e 26.º).

No mais, a Demandante acrescenta que 396 (trezentos e noventa e seis) dias não correspondem a *“13 (treze) meses certos”*, podendo abranger mais do que isso (cf. os artigos 28.º e 29.º), relevando, para o efeito, a data concreta do início da execução contratual.

A Demandante apresentou exemplificações (cf. os artigos 30.º a 39.º) e afasta-se do entendimento adotado pelo júri do concurso (cf. os artigos 40.º e 41.º), para imediatamente acrescentar o que se transcreve no imediato:

“Não estando a data de início da execução do contrato fixada no procedimento, como é evidente, nem o Júri ou sequer o Contraente Público podem conhecê-la desde já, dependente que está do início da empreitada que será objeto da fiscalização que aqui

se contrata, a execução do contrato pode abranger mais de 13 (treze) meses – é mesmo o cenário mais provável, conforme resulta das simulações enunciadas supra. (...) Daí a representação, pela Demandante, de um 14.º mês no cronograma mensal de pagamento e no cronograma de mobilização de meios humanos, bem como a referência a 13,2 meses neste último e noutros documentos referentes à equipa a alocar à prestação de serviços; (...) Traduzindo não um 14.º mês completo de execução do contrato, mas antes os dias sobrantes, após o 13.º mês, para completar os 396 (trezentos e noventa e seis) dias de prazo de execução do contrato, (...) bastando ver, para assim se concluir, que o valor inserto no Mês 14, no cronograma mensal de pagamento, é residual relativamente aos demais meses, precisamente por não se contemplar um mês inteiro mas apenas os dias sobrantes até completar aquele prazo, o que decorre também da sobredita referência a 13,2 meses no âmbito da mão-de-obra. (...) Prazo esse, repise-se, de 396 (trezentos e noventa e seis) dias, que é o único que resulta das peças do procedimento e ao qual a Demandante inequivocamente se vinculou, de forma expressa e entre o mais, na “Memória Descritiva dos Serviços a Prestar” que integra a proposta” (cf. os artigos 42.º a 46.º).

O teor do articulado apresentado pela Demandante não se fica por aqui. Após sintetizar, do prisma jurídico, a sua posição (cf. os artigos 48.º a 51.º), adita que, “(...) *se dúvidas existissem acerca do prazo de execução do contrato constante da proposta da Demandante, o que se impunha era que o Júri solicitasse os devidos esclarecimentos a esse propósito, ao abrigo dos n.ºs 1 e 2 do art. 72.º do CCP; (...) Os esclarecimentos que, assim, seriam prestados, fariam parte integrante da proposta e, assim, limitando-se a explicitar, tornar inteligível ou aclarar o sentido daqueles elementos, concluindo-se necessariamente que os mesmos conformam-se com os termos e condições do procedimento (em concreto, com o prazo de execução fixado no caderno de encargos), não há evidentemente qualquer alteração da proposta nem qualquer beliscar do princípio da intangibilidade das propostas ou qualquer outro invocado pelo Júri do concurso.*” (cf. os artigos 54.º e 58.º).

Neste contexto, na perspetiva da Demandante, a preterição do artigo 72.º, n.ºs 1 e 2 do CCP, pela Demandada, é também uma realidade (cf. o artigo 60.º), salientando, praticamente a finalizar, o princípio do *favor participationis*, “[o] *que significa que, no caso, se dúvidas*

houvesse a propósito da convalidação do prazo de execução do contrato de 396 (trezentos e noventa e seis) dias para meses – isto sempre sem jamais conceder quanto a tudo o que vimos de expor – e, assim, sobre o art. 10.º, n.º 2, als. c) e f.2) do programa de procedimento, sempre as mesmas teriam que ser resolvidas a favor da admissão do maior número de propostas e, claro está, da proposta da Demandante, entre o mais em prol do princípio da concorrência (cfr. art. 1.º-A, n.º 1 do CCP)” (cf. o artigo 64.º).

Realce-se, por fim, os exatos termos do pedido formulado pela Demandante:

“Termos em que,

deve o presente processo ser julgado totalmente procedente, por provado, anulando-se os atos impugnados e condenando-se a Demandada à inclusão da proposta da Demandante no procedimento, seguindo-se os demais termos concursais, desde a avaliação das propostas, para todos os efeitos e com todas as legais consequências.”

Por seu turno, a Demandada apresentou contestação, na qual sufragou a improcedência da ação arbitral, referindo, em momento inicial, que “[o] que se contesta é que a causa de exclusão invocada no relatório final do concurso relativamente à proposta da Autora não se verifique” (cf. o artigo 3.º).

Depois de aludir ao artigo 10.º do programa do procedimento e ao artigo 3.º, n.º 1, do caderno de encargos (cf. os artigos 6.º e 7.º), a Demandada assevera o seguinte: “(...) se 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias equivalem a 12 (doze) meses, 396 (trezentos e noventa e seis) dias equivalem a 13 (treze) meses, já que este último total de dias resulta da soma do maior número possível de dias que um mês pode ter (trinta e um dias) àquele primeiro total de dias existentes num ano (i.e. $31 + 365 = 396$).” (cf. o artigo 8.º).

Mais refere que, no caso do concurso em alusão, o prazo não foi submetido à concorrência (cf. o artigo 13.º), ou seja, está-se diante de “uma verdadeira “condição” de adjudicação da proposta, imposta a todos aqueles que pretendam ser adjudicatário” (cf. o artigo 16.º), o que tem como consequência a exclusão das propostas desrespeitadoras da

“vontade contratual da entidade adjudicante na parte não submetida à concorrência” (cf. o artigo 18.º).

Para a Demandada, a Autora apresentou uma proposta desalinhada com a determinação expressa concursalmente, “fazendo constar dos seus documentos prazos diferentes, em lugar de se limitar a aderir ou manifestar concordância com o prazo já fixado na cláusula 3^a do CE.” (cf. o artigo 20.º).

A Demandada concretiza a sua linha argumentativa nos seguintes termos:

“Com efeito, (1) no cronograma mensal de pagamentos, a Autora prevê pagamentos a realizar pela Ré num 14.º mês; (2) no cronograma de mobilização de meios humanos, não só prevê um 14.º mês para alocação de pessoal, como seis dos nove elementos de pessoal surgem associados a um prazo de afetação de 13,2 meses; e (3) na memória descritiva, seis dos nove elementos de pessoal surgem novamente associados a um prazo de afetação de 13,2 meses (...)” (cf. o artigo 22.º).

“Estas condições contratuais (afetação de pessoal durante 13,2 meses e a existência de um 14.º mês no desdobramento dos pagamentos a efetuar pela Ré) traduz a continuação do contrato para lá do prazo de 396 (trezentos e noventa e seis) dias previsto no CE, que podemos equivaler, como se referiu, a 13 (treze) meses.” (cf. o artigo 23.º).

“É esta a única interpretação possível face à forma como a Autora apresentou a sua proposta.” (cf. o artigo 24.º).

Para a Demandada, a sua vontade, em matéria de prazo de execução contratual, foi desrespeitada pela Autora (cf. o artigo 29.º), existindo contradições na proposta apresentada, devendo prevalecer o teor do cronograma mensal de pagamentos, do cronograma de mobilização de meios humanos e da memória descritiva, por comparação com “uma declaração genérica de concordância com o CE ou com aquela cláusula em específico, pois revelam a concreta forma como a Autora prefigura a execução do contrato nesses aspetos, com evidente reflexo na sua duração” (cf. o artigo 32.º).

Num quadro como o descrito, a Demandada não vê como relevante ou útil a promoção de um pedido de prestação de esclarecimentos à Autora, antecipando que, *“a serem prestados (...) seriam sempre no sentido de que o prazo da sua proposta era de 396 (trezentos e noventa e seis) dias e não mais, o que evidentemente contraria as referidas indicações da sua proposta (13,2 meses de afetação de pessoal e pagamentos ao 14.º mês)”* (cf. o artigo 38.º). Aliás, esse pedido seria inadmissível, porque os esclarecimentos *“redundariam numa tentativa de a Autora remover ou dar por não escritas aquelas referências a prazo superior”* (cf. o artigo 40.º), não ocorrendo seque qualquer dúvida carecida de esclarecimento (cf. o artigo 41.º). Para a Demandada, a situação é bem diferente: *“O que existe é uma proposta com elementos diferentes para o mesmo aspeto – bastante unívoco, diga-se – de vinculação obrigatória, que não respeitam as condições do CE.”* (cf. o artigo 42.º).

Ainda em sede de contestação, enfatiza-se que *“os 396 (trezentos e noventa e seis) dias equivalem a 13 (treze) meses por ser o resultado da soma do número de dias num ano civil ao número máximo de dias que um mês pode ter”* (cf. o artigo 51.º e, ainda, o artigo 57.º) e que *“nenhum dos restantes concorrentes teve interpretação semelhante à da Autora!”* (cf. o artigo 52.º). Acresce que *“os exemplos “justificativos” da Autora nada justificam, mostrando apenas que, em nosso entender e salvo o devido respeito, a Autora labora em erro quanto à contagem do prazo, tendo permitido que isso influenciasse a elaboração dos documentos da sua proposta. (...) Laboração essa que não pode ser imputável à Ré.”* (cf. os artigos 62.º e 63.º).

O articulado de defesa em presença, termina nos seguintes termos:

“Face ao exposto, confrontada com as circunstâncias acima descritas no tocante à proposta da Autora, andou bem o júri ao propor a exclusão da sua proposta em relatório final de 16-08-2024, como andou bem a Ré ao acolher esse entendimento e excluí-la, com base no disposto no art. 70.º, n.º 2, al. b), do CCP. (...) Tal decisão não padece, pois, de nenhum erro ou vício devendo ser por V. Exas. mantido tal como foi praticado.” (cf. os artigos 78.º e 79.º).

*“Nestes termos e nos melhores de Direito,
deverão V. Exas. julgar a presente ação improcedente,*

mantendo na ordem jurídica o ato de 23-08-2024 da Ré que excluiu a proposta da Autora e adjudicou o contrato dos autos à concorrente “C... , S.A.”.” (cf. o pedido final).

A Contrainteressada não apresentou contestação e a Autora e a Demandada prescindiram da apresentação de alegações.

2. Do objeto e do valor da causa

Em face do exposto, importa referir que, nos presentes autos, está em causa um pedido impugnatório, mas também de cariz condenatório: pretende-se obter a anulação do ato de exclusão (ou de não admissão) da proposta da Autora e do ato de adjudicação e, ainda, a condenação da Demandada “à inclusão da proposta da Demandante no procedimento, seguindo-se os demais termos concursais, desde a avaliação das propostas”. É este o objeto dos presentes autos, o que é de assinalar.

Quanto ao valor causa – cuja apreciação foi relegada, no Despacho n.º 2, para a presente sede –, fixa-se o mesmo, na falta de outros elementos, em € 104.200, 80 (cento e quatro mil, duzentos euros e oitenta cêntimos), em face do disposto no artigo 32.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que aqui releva a título subsidiário.

Tal valor correspondente ao preço global apresentado pela Autora na proposta que apresentou no concurso público em causa nestes autos (cf. a fls. 85 do processo administrativo), e consta do final da petição arbitral, não tendo contado com a oposição da Demandada, o que também é de assinalar.

3. Fundamentação

3.1. Fundamentação fáctica

Factos provados (com relevância para o decisório a proferir):

A) Por deliberação tomada a 21.05.2024, a Demandada procedeu à abertura de concurso público, tendente à celebração de um contrato para a *“Fiscalização e coordenação de segurança da construção da nova central de...”*, tendo sido aprovadas as peças concursais (cf. as pp. 1 a 81 do processo administrativo).

B) O teor da cláusula 3.^a do caderno de encargos (“Prazo”) é o seguinte (cf. as pp. 30 e 69 do processo administrativo):

Cláusula 3^a - Prazo

1. O prazo para prestação de serviços objeto do contrato é de 396 (trezentos e noventa e seis) dias a contar da data da assinatura.
2. O contrato mantém-se em vigor até à conclusão dos serviços em conformidade com os respetivos termos e condições e o disposto na lei, sem prejuízo das obrigações acessórias que devam perdurar para além da cessação do contrato.

C) O teor do artigo 10.^o do programa do procedimento é o seguinte (cf. as pp. 51 e 52 do processo administrativo, relevando ainda o Documento n.^o 2, junto à petição arbitral):

Artigo 10.º DOCUMENTOS DA PROPOSTA (ALÍNEA C) DO N.º 1 DO ARTIGO 57º DO CCP)

10.1. Na proposta o concorrente manifesta a sua vontade de contratar e indica as condições em que se dispõe fazê-lo.

10.2. Na proposta o concorrente deve indicar os seguintes elementos:

a) Declaração referida na alínea a) do nº1 do artigo 57º do CCP, de aceitação pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar do conteúdo do Caderno de Encargos, conforme modelo incluído no **ANEXO I** do presente Programa de Procedimento;

b) Proposta de preço, conforme modelo incluído no **ANEXO II** do presente Programa de Procedimento, contendo em anexo a indicação das condições de pagamento;

c) Cronograma mensal de pagamento, conforme modelo da tabela seguinte:

	Mês 1	Mês ...				
Valor mensal (€)						

d) Declaração de aceitação da jurisdição ao Centro de Arbitragem Administrativa, conforme o **ANEXO III** do presente Programa de Procedimento;

e) Memória descritiva dos serviços a prestar de acordo com o Caderno de Encargos, onde deverá detalhar nomeadamente:

e.1. Plano de ação e metodologia a adotar na prestação de serviços;

e.2. Estrutura da organização da fiscalização e metodologia de relacionamento com a Entidade Adjudicante e terceiros, nomeadamente empreiteiros, projetistas, fornecedores, entidades públicas;

e.3. Sistema proposto para a coordenação e controle do plano de segurança, saúde e higiene no trabalho;

f) Documentos contendo termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos, aos quais a Entidade Adjudicante pretende que o adjudicatário se vincule:

f.1. Constituição da equipa técnica e cronograma de mobilização dos meios humanos em função do programa de atuação, incluindo designadamente o organograma da equipa, a lista nominativa dos seus elementos, respetivos “Curriculum Vitae” (máximo de 3 páginas), cargo e funções a desempenhar;

f.2. Cronograma de mobilização de cada elemento da equipa, com previsão da respetiva afetação em termos globais e escalonadamente ao longo do prazo da prestação dos serviços (unidade temporal: mês).

10.3. Na proposta, o concorrente pode especificar aspetos que considere relevantes para a apreciação da mesma.

10.4. O preço, que não deve incluir o IVA, deve ser indicado em algarismos e por extenso.

10.5. A proposta deve mencionar expressamente que ao preço total acresce o IVA, indicando-se o respetivo valor e a taxa legal aplicável.

10.6. A proposta deve ser assinada pelo concorrente ou seus representantes.

D) A 24.06.2024, a Autora apresentou proposta (cf. as fls. 83 a 138 do processo administrativo), constando (i) do Anexo I, (ii) do Anexo II, (iii) do cronograma mensal de pagamento, (iv) da memória descritiva dos serviços a prestar e (v) do cronograma de mobilização dos meios humanos (cf. as fls. 83, 85, 86, 91, 95 e 133 do processo administrativo) o seguinte:

CRONOGRAMA MENSAL DE PAGAMENTO

D... com número de cartão de cidadão ... residente em Rua ... s, na qualidade de representante legal de (A... LDA, com NIPC ... com sede em Rua ... em Algés, depois de ter tomado inteiro conhecimento do objeto e âmbito do Concurso Público para Fiscalização e coordenação de segurança da empreitada de construção da nova central de ... a, e de todas as condições estabelecidas no respetivo Programa de Procedimento, Caderno de Encargos e restantes peças patenteadas, apresenta o seguinte cronograma mensal de pagamentos:

	Mês 1	Mês 2	Mês 3	Mês 4	Mês 5	Mês 6	Mês 7	Mês 8	Mês 9	Mês 10	Mês 11	Mês 12	Mês 13	Mês 14	Total
Valor mensal (€)	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	7.894,00€	1.578,80€	104.200,80€

(...)

4. FASES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS



(...)

6. ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO E METODOLOGIA DE RELACIONAMENTO COM TODOS OS INTERVENIENTES DA EMPREITADA.

A **A...** Lda. irá seleccionar e mobilizar os meios humanos necessários ao desempenho da fiscalização, garantindo ainda que todos os Elementos da Equipa colocam a sua experiência, pericia, cuidado e diligência na realização dos serviços que lhes forem cometidos, e assumindo o compromisso de desempenhar as suas funções com dedicação, assiduidade e proficiência.

6.1. Meios Humanos - Equipa técnica

A **A...** Lda. obrigar-se a assegurar e a manter, durante o prazo de execução dos serviços de fiscalização e coordenação de segurança e saúde desta prestação de serviços, uma equipa organizada para a execução das actividades e dos trabalhos descritos, composta pelos seguintes meios humanos, conforme o descrito na PARTE II – CLÁUSULAS TÉCNICA do Caderno de Encargos, nomeadamente:

Elemento da Equipa	Afetação	Prazo (meses)
Diretor de Fiscalização;	20%	13,2
Engenheiro Mecânico	5%	7,2
	40%	6
Engenheiro Eletrotécnico	20%	13,2
Fiscal de Construção Civil	100%	13,2
Coordenador de Segurança;	30%	13,2
Fiscal Eletromecânico	100%	6
Apoio Administrativo	20%	13,2
Equipa de topografia	25%	13,2
Engenharia de Apoio	Em caso de ser necessário	

(...)

CRONOGRAMA DE MOBILIZAÇÃO DOS MEIOS HUMANOS

Equipa Técnica	Afectação	Prazo (meses)	PRAZO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS														
			M1	M2	M3	M4	M5	M6	M7	M8	M9	M10	M11	M12	M13	M14	
Diretor de Fiscalização;	20%	13,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2
	5%	7,2	0,05	0,05	0,05	0,05	0,05	0,05	0,05	0,05							0,05
Engenheiro Mecânico	40%	6									0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	
Engenheiro Eletrotécnico	20%	13,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2
Fiscal de Construção Civil	100%	13,2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Coordenador de Segurança;	30%	13,2	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3
Fiscal Eletromecânico	100%	6									1	1	1	1	1	1	1
Apoio Administrativo	20%	13,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2
Equipa de topografia	25%	13,2	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25	0,25
Total Mensal			2,2	2,2	2,2	2,2	2,2	2,2	2,2	2,2	3,55	3,55	3,55	3,55	3,55	3,55	2,2
Total Acumulado			2,2	4,4	6,6	8,8	11	13,2	15,4	18,95	22,5	26,05	29,6	33,15	36,7	38,9	

E) A 12.07.2024, foi emitido relatório preliminar (cf. as fls. 2320 a 2328), no qual foi deliberado, por relação à proposta da Autora, o seguinte (cf. a fls. 2324 e 2328):

Complementarmente, avaliou-se o cumprimento das propostas dos principais requisitos colocados à concorrência, tendo constatado que:

- A proposta do **concorrente 2** [redacted], **LDA.** não cumpre o prazo para a prestação de serviços mencionado na cláusula 3ª do Caderno de Encargos de 396 dias (13 meses), tendo apresentado um prazo inferior de 12 meses (365 dias).
Como tal cabe ao Júri excluir a proposta apresentada pela [redacted], LDA. nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 70.º.

(...)

5. CONCLUSÕES

Assim, o Júri propõe, por unanimidade:

- 1) Excluir a proposta do **concorrente 1** [redacted] E... [redacted], Lda., nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 70.º e da alínea b) do n.º 1 art. 57.º ambos do CCP.
- 2) Excluir a proposta do **concorrente 2** [redacted] A... [redacted], LDA., nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 70.º.
- 3) Excluir a proposta do **concorrente 4** [redacted] F... [redacted] S.A., nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 70.º.
- 4) Excluir a proposta do **concorrente 6** [redacted] G... [redacted], Lda., nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 70.º e da alínea b) do n.º 1 art. 57.º ambos do CCP.
- 5) Propor a adjudicação da proposta do **concorrente 5** [redacted] C... [redacted] S.A. pelo valor de 107 965,00 € + IVA.

Mais deliberou o Júri que nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 147º do Código dos Contratos Públicos, fixar um prazo de 5 (cinco) dias úteis para que os concorrentes se pronunciem, por escrito, em sede de audiência prévia, nos termos do artigo 21º do Programa do Procedimento.

F) Por pronúncia datada de 26.07.2024, a Autora expressou o seguinte (cf. a fls. 2332 do processo administrativo):

1) Refere-se no relatório preliminar que "A proposta do **concorrente 2** [redacted] A... [redacted] LDA. não cumpre o prazo para a prestação de serviços mencionado na cláusula 3.ª do Caderno de Encargos de 396 dias (13 meses), tendo apresentado um prazo inferior de 12 meses (365 dias)".

2) Acontece que, após (nova) verificação de todos e cada um dos documentos apresentados e que constituem a proposta, podemos constatar que todos os documentos que se reportam ao prazo de execução referem o prazo de 396 dias, em perfeita conformidade com o estabelecido na Cláusula 3.ª do Caderno de Encargos, não havendo qualquer documento que faça menção ao prazo de 12 meses (365 dias), como referido no relatório preliminar – cfr. documentos da proposta constantes do processo administrativo, nomeadamente a memória descritiva, cronograma mensal de pagamento, e de mobilização equipa, entre outros.

Face ao exposto, deve a presente pronúncia ser considerada e admitida a proposta apresentada, para efeitos de avaliação, uma vez que cumpre todos os termos e condições do concurso.

G) A 31.07.2024 foi emitido o 1.º relatório final (cf. as fls. 2367 a 2371), no qual foi deliberado, por relação à proposta da Autora, a manutenção da exclusão, embora com fundamento diferente (cf. as fls. 2369 e 2370):

Relativamente à pronúncia do concorrente, efetivamente o Júri detetou que o relatório preliminar refere erradamente que a proposta do concorrente 2 [redacted] A..., LDA apresenta como prazo de execução da prestação de serviço os 12 meses. Esse erro foi extensível à proposta do concorrente 4 [redacted] F..., S.A., onde foi mencionado que esta apresentava como um prazo superior ao mencionado nas peças concursais. No entanto, e apesar da assunção do erro, em ambas as propostas, existe

efetivamente incumprimento do prazo para a prestação de serviços mencionado na cláusula 3ª do Caderno de Encargos, nos seguintes termos:

- A proposta do concorrente 2 [redacted] A..., LDA, não cumpre o prazo para a prestação de serviços mencionado na cláusula 3ª do Caderno de Encargos de 396 dias (13 meses), tendo apresentado um prazo superior de 14 meses.
- A proposta do concorrente 4 [redacted] F..., S.A. não cumpre o prazo para a prestação de serviços mencionado na cláusula 3ª do Caderno de Encargos de 396 dias (13 meses), tendo apresentado um prazo inferior de 12 meses (365 dias).

Como tal cabe ao Júri manter a exclusão das propostas apresentadas pela [redacted] A..., LDA, e [redacted] F..., S.A. nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 70.º.

H) Por pronúncia datada de 07.08.2024 (cf. as fls. 2355 a 2358 do processo administrativo), a Autora expressou, em síntese, o seguinte (cf. a fls. 2357 do processo administrativo):

Em resenha,

- 1) Não há desvio na proposta do prazo de execução dos serviços;
- 2) Caso se entendesse, já *a tort*, tal, deveriam ter sido pedidos esclarecimentos, que, não obstante agora são plenamente prestados.

I) A 16.08.2024, foi emitido o 2.º relatório final (cf. as fls. 2361 a 2366 do processo administrativo), no qual foi deliberado, por relação à proposta da Autora, a manutenção da exclusão (cf. as fls. 2363 a 2365 do processo administrativo):

Relativamente à pronúncia do concorrente, resulta da cláusula 3ª, n.º 1, do Caderno de Encargos que “[o] prazo para prestação de serviços objeto do contrato é de 396 (trezentos e noventa e seis) dias a contar da data da assinatura”, o que equivale a 13 meses.

O concorrente, tal como confirma na sua pronúncia, apresenta um cronograma de pagamento com um 14.º mês, um cronograma de mobilização de meios humanos igualmente com um 14.º mês e em que 6 dos 9 elementos surgem com um prazo de afetação de 13,2 meses, e uma

memória descritiva em que replica isso mesmo (6 dos 9 elementos terão um prazo de afetação de 13,2 meses), ainda que a final afirme que “[o] prazo total para a realização da prestação de serviços é de 396 (trezentos e noventa e seis dias) a contar da data da assinatura.” Ou seja, existe um elemento que indica o prazo correto, em respeito pelo prazo fixado no Caderno de Encargos (CE), mas todos os restantes relacionados com este aspeto indicam prazo diverso (13,2 meses), que se mostra superior ao fixado no CE. E estes outros elementos não surgem a propósito de aspetos desligados ou pouco relacionados com o prazo ou duração do contrato, de modo que pudessem ser negligenciados, atendendo-se apenas àquela menção de concordância com o prazo previsto no CE. Com efeito, dizem respeito a pagamentos mensais e afetação de meios humanos – portanto, aspetos nucleares da execução do contrato com influência na sua duração, pois os momentos em que o concorrente prevê ser remunerado e a duração de afetação, por si, de meios humanos ao contrato são elementos que traduzem diretamente quanto tempo o concorrente prevê durar o contrato. São elementos inconciliáveis com aquela menção de concordância com o prazo previsto no CE, sendo claramente superiores a ele.

Perante um cenário destes, a tentação é dizer que existe uma dúvida a esclarecer pelo concorrente, ou seja, pedir esclarecimentos, como o concorrente refere na sua pronúncia. Só que, na verdade, não nos parece tratar-se de uma dúvida, ambiguidade ou confusão de um elemento da proposta suscetível de ser esclarecido. O que existe é uma proposta que apresenta elementos diferentes para um aspeto unívoco e de vinculação obrigatória por força do CE (prazo de duração contratual), o que não é suscetível de esclarecimento pelo concorrente sem alteração da proposta. Um eventual esclarecimento do concorrente a pedido pela entidade adjudicante neste caso destinar-se-ia, na prática, a retirar-lhe ou dar como não escritos os elementos contraditórios. Mas isso nunca poderia suceder. A prestação de esclarecimentos não serviria para resolver o problema porque a resposta de que “o prazo é na verdade de 13 meses como resulta do ponto 7 da memória descritiva” (ou outra semelhante que o concorrente visse dar) – é o que faz, aliás, na sua pronúncia – poderia “esclarecer” que é sua vontade aceitar esse prazo, mas não teria a virtualidade de remover da proposta aquelas referências a 13,2 meses, pelo menos sem a alterar, o que é inadmissível nesta fase, face ao princípio da intangibilidade das propostas. Ainda que prestado esse esclarecimento, a proposta continuaria a ter esses elementos com indicação de prazo diferente do previsto no CE, os quais nunca poderiam ser alterados sem imediata exclusão da proposta. No limite, admitir esta proposta, e uma vez que não é possível alterá-la nesta fase, significaria que, adjudicando-lhe o contrato, a Resialentejo estaria a contratar ao concorrente um serviço de fiscalização que se estende para lá do período em que se prevê durar a obra, o que não faz sentido nem vai ao encontro da racionalidade económica subjacente à atividade concursal das entidades adjudicantes. Sendo este aspeto vinculativo, o concorrente apenas tinha uma opção: submeter-se a ele, reproduzindo-o na sua proposta. Não podia apresentar variantes, alternativas ou diferentes opções, seja diretamente a propósito do prazo, seja indiretamente a propósito de outros elementos que se relacionam ainda com o prazo – é isto que aqui acontece.

Em reforço, veja-se o recente acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24-04-2024, em cuja jurisdição territorial se insere a Resialentejo:

"(...) III - A existência de uma declaração genérica de cumprimento do caderno de encargos não permite compensar o incumprimento específico das condições contratuais exigidas:

IV - O pedido de esclarecimento da proposta não pode ser formulado quando vise alterar a proposta, retirando-lhe os elementos que determinavam a exclusão da proposta, e assim permitir a sua admissão;

V - A admissão de proposta que contém termos e condições que violam aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos comporta a violação dos princípios da concorrência e igualdade".

Assim, face ao conteúdo da proposta apresentada, insuscetível de esclarecimentos quanto a este concreto aspeto, temos de concluir que o concorrente não se vinculou aos termos e condições previstos no CE aos quais a Resialentejo pretendia que se vinculasse, o que é determinante da exclusão da proposta, nos termos do disposto no art. 70.º, n.º 1, al. b), do CCP. Como tal cabe, ao Júri manter a decisão de exclusão da proposta do concorrente 2 **A...** LDA., não se estando perante um caso de utilização de um termo dúbio ou ambíguo que impeça a apreensão do sentido da proposta neste aspeto, mas antes a apresentação de elementos inconciliáveis face ao previsto no CE, sendo ele (o prazo) um aspeto de vinculação obrigatória, neste caso.

3. CONCLUSÕES

Face ao exposto, considera o Júri que é de manter o teor e as conclusões do 1º relatório final de Análise das Propostas, propondo, *por unanimidade*:

- 1) Excluir a proposta do concorrente 1 **E...** Lda., nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 70.º e da alínea b) do n.º 1 art. 57.º ambos do CCP.
- 2) Excluir a proposta do concorrente 2 **A...** LDA., nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 70.º.
- 3) Excluir a proposta do concorrente 4 **F...** S.A., nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 70.º.
- 4) Excluir a proposta do concorrente 6 **G...** Lda., nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 70.º e da alínea b) do n.º 1 art. 57.º ambos do CCP.
- 5) Propor a adjudicação da proposta do concorrente 5 **C...** S.A. pelo valor de 107 965,00 € + IVA.

J) Seguiu-a a prática do ato de não admissão da proposta da Autora e do ato de adjudicação propriamente dito e, a 23.08.2024, ocorreu a respetiva notificação (cf. o Documento n.º 1, junto à petição arbitral).

Não se provaram outros factos tidos como relevantes para o decisório arbitral (de mérito) a proferir.

Os factos elencados foram dados como provados com suporte em documentos que integram os autos e que se encontram expressamente referidos *supra*.

3.2. Fundamentação jurídica

Estando em causa, antes de mais, uma pretensão impugnatória (do ato de exclusão da proposta da Demandante e do ato de adjudicação da proposta da Contrainteressada), há que apurar se tais decisões administrativas se encontram em conformidade com o ordenamento jurídico. Avança-se, desde já, com o decisório do Tribunal: tais atos administrativos são inválidos.

Efetivamente, revela-se preterido o disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP: a proposta da Autora não apresenta termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos. Concretizando, no caso dos autos, o prazo para a execução contratual encontra-se fixado em dias (cf. a cláusula 3.ª do caderno de encargos: cf. a alínea **B**) da matéria de facto dada como provada) e, quanto a essa matéria, o que se assiste é a uma vinculação da Autora, como se pode ver paradigmaticamente do teor da memória descritiva dos serviços a prestar [cf. a alínea **D**] da matéria de facto dada como provada].

No mais, lê-se no 2.º relatório final [cf. a alínea **I**] da matéria de facto dada como provada] – cujo teor releva para a fundamentação do ato de adjudicação (enquanto ato complexo) – que a Autora “*apresenta um cronograma de pagamento com um 14.º mês, um cronograma de mobilização de meios humanos igualmente com um 14.º mês e em que 6 dos 9 elementos surgem com um prazo de afetação de 13,2 meses, e uma memória descritiva em que replica isso mesmo (6 dos 9 elementos terão um prazo de afetação de 13,2 meses), ainda que a*

final afirme que “[o] prazo total para a realização da prestação de serviços é de 396 (trezentos e noventa e seis) dias a contar da data da assinatura””.

Aqui residiria a fonte de invalidade da proposta da Autora. Mas não é assim, pois a representação em meses apenas foi efetuada porque a Demandada, em sede de programa de procedimento [cf. a alíneas **A**) e **C**) da matéria de facto dada como provada], impôs referências mensais, sem que tenha promovido a correspondência que sufraga nos autos: 396 dias corresponderem, inevitavelmente, a 13 meses. E não o terá feito porque, na verdade, essa correspondência não pode ser promovida, atenta a variação de número de dias que compõem os diversos meses que integram um ano civil, havendo ainda que ter presente que a concreta data do início da execução contratual não é, naturalmente, irrelevante, a este nível.

Realce-se o ponto essencial: o prazo para a prestação dos serviços objeto do contrato foi fixado, no caderno de encargos, única e exclusivamente, em dias e o seu início foi remetido para a data de assinatura do contrato (cf. o exato teor da cláusula 3.^a do caderno de encargos: cf. a alínea **B**) da matéria de facto dada como provada), ou seja, para uma data incerta no tempo. Neste quadro, e atendendo à vinculação promovida na respetiva proposta especificamente em matéria de prazo para a execução contratual (cf. os Anexos I e II, mas também a memória descritiva dos serviços a prestar: cf. a alínea **D**) da matéria de facto dada como provada), a conclusão a retirar é a de que a Autora não apresentou termos ou condições que violem tal aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência.

As referências mensais, que figuram na proposta apresentada pela Autora, derivam do disposto, em matéria de documentos da proposta, no artigo 10.2., alíneas c) (“cronograma mensal de pagamento”) e f.2. (“cronograma de mobilização de cada elemento da equipa”) do programa de procedimento (cf. a alínea **B**) da matéria de facto dada como provada) – onde se alude, de modo expreso, a uma unidade temporal mensal (e não diária), não tendo – e este aspeto é relevante – tido sido promovida, nessa sede, qualquer correspondência, direta e absoluta, entre 396 dias e 13 (treze) meses.

E se é certo que os termos da proposta em apreço são da responsabilidade da Autora, não é menos certo que é imputável à Demandada a falta de sintonia entre a unidade de contagem do prazo de execução contratual (em dias) e a que determinou (em meses) no artigo 10.2.,

alíneas c) e f.2 do programa de procedimento, por relação a pagamentos e à mobilização de cada elemento da equipa.

O que fica dito é quanto basta para que se invalide – em concreto, para que se anule – (i) o ato de exclusão da proposta da Autora, que assentou na causa de exclusão constante do artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP, quando os pressupostos aplicativos dessa disposição legal não estão, *in casu*, verificados, e, ainda, (ii) conexas e consequencialmente, o ato de adjudicação da proposta da Contrainteressada.

Por fim, releva mencionar o alegado no artigo 53.º e seguintes da petição arbitral, em matéria de “*esclarecimentos ao abrigo do artigo 72.º do CCP*”. Para a Autora, a exclusão da respetiva proposta “*é ilegal por violação de lei, desta feita por violação do artigo 72.º, n.ºs 1 e 2 do CCP, a ditar a respetiva anulação*” (cf. o artigo 60.º).

Ora, quanto ao disposto no artigo 72.º, n.º 2, do CCP, tal normatividade não se mostra preterida pela simples razão de que não foi pedida a prestação de esclarecimentos à Autora (cf. resulta, por exclusão, da matéria de facto dada como provada), o que equivale a dizer que o pressuposto fáctico basilar de que depende a aplicação da norma em alusão não está verificado, *in casu*. Já quanto ao estabelecido no n.º 1 do mesmo preceito legal, o Tribunal vê como fonte de invalidade dos atos impugnados a preterição do artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP, e não, propriamente, da disposição que se limita a habilitar o júri do procedimento a solicitar “*aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito de análise e avaliação das mesmas*”. Eis o que se também deixa expresso, em termos de fundamentação decisória de índole jurídica.

Como decorrência da invalidação dos atos impugnados, deve a tramitação do procedimento pré-contratual em apreço ser retomada, com admissão da proposta da Autora e promoção dos demais trâmites concursais.

4. Decisão

Nos termos e com os fundamentos *supra* expostos, julga-se procedente a presente ação arbitral, anulando-se os atos impugnados e condenando-se a Demandada a integrar a proposta da Autora no procedimento em apreço, seguindo-se os ulteriores termos procedimentais.

Os encargos processuais devem ser suportados, inteiramente, pela Demandada, dado que os atos anulados foram por si praticados, tendo a pretensão arbitral da Autora sido julgada totalmente procedente (cf. o artigo 29.º, n.º 6, do Novo Regulamento de Arbitragem Administrativa).

Notifique-se e publique-se, após o trânsito em julgado, nos termos do disposto no artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do artigo 5.º, n.º 3, do Novo Regulamento de Arbitragem Administrativa.

Lisboa (consistindo este o lugar da arbitragem), 10 de janeiro de 2025.

Os Árbitros

Tiago Serrão
(Presidente e Relator)

Diogo Duarte Campos

Pedro Vaz Mendes