

Processo:

0498/22.6BELRA

Data do Acórdão:

12-09-2024

Tribunal:

1 SECÇÃO

Relator:

PEDRO MARCHÃO MARQUES

Descritores:

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA

Sumário:

I - O princípio da concorrência, enquanto princípio enformador do direito da contratação pública (cfr o artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP), articula-se, por um lado, com o princípio da igualdade, no sentido de tutelar a igualdade de acesso aos mercados públicos (igualdade de oportunidades e abertura dos mercados) e a igualdade de tratamento dos particulares interessados (não discriminação e transparência); e, por outro, com uma ideia de eficiência e economicidade ou maximização da abertura à concorrência.

II - Da aplicação do princípio da concorrência resultará, também, que as demais normas aplicáveis à contratação pública deverão ser interpretadas de modo a favorecer a participação nos procedimentos pré-contratuais do maior número de interessados.

III- No plano pré-contratual, um dos corolários do princípio da concorrência é o dever de a entidade adjudicante não definir requisitos de acesso ao procedimento em termos tais que conduzam a uma limitação desproporcionada, injustificada e/ou desigual quanto ao mercado habilitado a aceder a esse procedimento.

IV - Sem prejuízo da liberdade das entidades adjudicantes na estipulação das especificações técnicas, como a Jurisprudência deste Supremo e do TJUE têm reiterado, há limites que não podem ser ultrapassados, nomeadamente quando, através da excessiva pormenorização ou da natureza excessivamente restritiva das especificações técnicas estabelecidas, resulta entravada a concorrência e beneficiado determinado operador – tudo contra o legalmente imposto, a este propósito, no art. 42.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24, acolhido no art. 49.º, n.º 4, do CCP.

V - Visando os *software No Code* permitir a qualquer operador, mesmo sem que este detenha especiais conhecimentos informáticos, desenvolver e implementar aplicativos do zero, a exigência de certificação, como especificação técnica, numa determinada plataforma *No Code* [MasterWeb Evolution v. 9] feita pela entidade adjudicante é ilegal.

VI - Tanto mais que a **Entidade Demandada** exigiu uma certificação que apenas pode ser concedida pela contrainteressada – cuja proposta foi a única admitida -, e não só exigiu essa certificação como, ainda, que um dos técnicos a apresentar fosse detentor de uma certificação máxima, sem que essa específica qualificação tenha fundamento suficiente face ao objeto do contrato.

VII - A inclusão de tal cláusula no caderno de encargos viola os

princípios da concorrência, da igualdade e da proporcionalidade – desde logo na sua vertente da exigibilidade –, sendo objetiva e injustificadamente limitadora do universo das propostas susceptíveis de serem apresentadas no procedimento e assim restritiva da participação dos operadores económicos interessados.

VIII - Na medida em que, como provado, o contrato foi já celebrado e executado, devem os autos prosseguir para efeitos do estipulado no art. 45.º do CPTA ex vi do art. 102.º, nº 8, do mesmo Código, reconhecido que ficou o bem fundado da pretensão da Autora.

Nº Convencional:	JSTA00071869
Nº do Documento:	SA1202409120498/22
Recorrente:	A..., S.A.
Recorrido 1:	B..., LDA. (E OUTROS)
Votação:	UNANIMIDADE
Objecto:	EU
Legislação Nacional:	CCP ART49 N2 N4 N8
Legislação Comunitária:	DIRETIVA 2014/24/UE ART42 N2
Aditamento:	

▼ Texto Integral

Texto Integral:

Acordam na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

I. Do objecto do recurso

1. **A...**, **S.A** intentou, no Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, a presente ação administrativa de contencioso pré-contratual contra o **Ministério do Ambiente e da Ação Climática – Fundo Ambiental** e, na qualidade de Contrainteressadas, **B...**, **Lda** e **C...**, **Lda**, pedindo que fosse anulado o ato que aprovou o relatório final e adjudicou o procedimento à contrainteressada **B...**, e, caso já tenha sido celebrado, o contrato a que deu origem. Mais pediu que fosse a **Entidade Demandada** condenada a aprovar novas peças do procedimento, sem reincidir nas ilegalidades detetadas e a praticar todos os atos e diligências subsequentes previstos na tramitação legal do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação.

2. Por sentença de 22.09.2022 do TAF de Leiria a ação foi julgada improcedente.

3. Dessa decisão foi interposto recurso, tendo o TCA Sul, por acórdão de 9.02.2023, revogado a sentença recorrida e ordenado a baixa do processo ao tribunal *a quo* para aí ser produzida prova.

4. Nessa sequência, após produção da prova em déficit, por sentença de 7.12.2023, o TAF de Leiria veio a julgar a presente ação totalmente improcedente e, em consequência, absolveu o Réu e as contrainteressadas dos pedidos formulados pela Autora.

5. Inconformada a Autora e ora **Recorrente** interpôs novamente recurso para o TCA Sul que, por acórdão de 11.04.2024, negou provimento ao mesmo e confirmou integralmente a sentença recorrida.

6. É deste acórdão do TCA Sul que vem interposto o presente recurso de revista, cujas alegações terminam com as seguintes conclusões:

A. Inconformada com o Acórdão proferido pelo Tribunal a quo, a Recorrente veio dele agora interpor recurso.

B. O presente recurso deve ser admitido porque as questões a julgar apresentam relevância jurídica e social fundamental e exigem uma melhor aplicação do direito, cumprindo-se, por isso, o disposto no artigo 150.º do CPTA.

C. A matéria em discussão resume-se a saber se, na presente ação judicial, e em especial num concurso público se revela desproporcional ou injustificada a especificação técnica constante da cláusula 23.ª, n.º 7 alínea b) do Caderno de Encargos, por violação dos princípios da concorrência e igualdade e dos artigos 1.º-A n.º 1 e 49.º, n.ºs 2, 4, 8 e 9 do CCP, na medida em que a presença dessa especificação técnica apenas permitia, conforme ficou provado nos autos (facto 20), que 3 empresas pudessem concorrer, ao referido concurso público, mais concretamente a empresa D..., a empresa E... e a própria Contrainteressada, tendo em conta que:

i. Ao longo dos anos a contrainteressada B... certificou na plataforma ... apenas aproximadamente 30 pessoas, apenas pessoas da sua própria equipa e outras das equipas dos seus clientes (facto 20.1. provado);

ii. No ano de 2021, a contrainteressada B... certificou na plataforma ..., aproximadamente, 6 a 7 pessoas, algumas da sua própria equipa e outras das equipas dos seus clientes (facto 20 provado);

iii. Mais concretamente e conforme indicado na sua contestação, no artigo 54.º, certificou, para além dos seus técnicos, os técnicos das supra referidas duas empresas (D... e E...); e que,

iv. A certificação concedida pela Contrainteressada B... tem vigência anual – pelo que, apenas as tais 6/7 pessoas (e apenas as respetivas 2 empresas) que se encontravam certificadas em janeiro de 2022 (data do lançamento do concurso público impugnado nos autos), poderiam ter concorrido ao presente procedimento pré-contratual (pois, mesmo que outros técnicos/empresas tivessem obtido a referida certificação em anos anteriores, a mesma só seria válida se tivesse sido

revalidada atempadamente – o que não sucedeu de acordo com a informação transmitida pela própria Contrainteressada B...) – facto 20.2 provado.

D. Em consequência importa aferir se a decisão adotada pelo Tribunal a quo, não contende com a doutrina e jurisprudência nacionais mais do que consolidada, de que a adoção de um procedimento pré-contratual, como o concurso público, implica o máximo respeito pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência, previstos no artigo 1.º-A/1 do CCP, nomeadamente por o concurso público dever permitir o acesso a todos e quaisquer operadores económicos e não apenas a alguns (ou, mais concretamente, apenas a 2 ou 3).

*E. Veja-se, neste sentido, p.ex. Pedro Costa Gonçalves “o princípio da concorrência funciona aqui, na contratação, como um cânone ou critério normativo que adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos a todos os operadores económicos interessados (igualdade de acesso), impondo-lhes ainda a obrigação de tratar igualmente os participantes (igualdade de tratamento).” [Cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, pág. 138.]*

F. E também é neste sentido que a jurisprudência se tem vindo a pronunciar, p.ex. veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo citado no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte proc. n.º 03661/15.2BEBRG, de 15 de julho de 2016, no Acórdão do STA de 30.01.2013, Proc. n.º 0993/12; no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 482/18.4BECTB, de 23 de maio de 2019, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

G. Assim, sendo orientação doutrinal e jurisprudencial pacífica de que, um concurso público, deve ser aberto a todos os operadores económicos que atuam no mercado – é importante o STA intervir, no presente caso sub judice, onde se considerou legal exatamente o oposto, ou seja, a existência de uma especificação técnica que permite que apenas 2 ou 3 operadores económicos possam apresentar uma proposta válida (e admissível) num procedimento pré-contratual que, supostamente, deve ser aberto a qualquer empresa do mercado.

H. No fundo, importa também refletir se a previsão da referida especificação técnica não implica, materialmente, uma redução artificial da concorrência ou um favorecimento de apenas alguns operadores económicos de forma injustificada, especialmente tendo em conta que ficou provado, por exemplo:

a. No facto n.º 22 que “Neste contexto de desenvolvimento de aplicações, pretende-se que todos os utilizadores, mesmo sem conhecimento de programação, possam efetuar o

desenvolvimento de aplicações e para isso devem ter conhecimentos básicos sobre os tipos de dados informáticos existentes numa aplicação e experiência na plataforma selecionada, a qual pode ser adquirida com estudo de documentação, autoestudo e exploração que, posteriormente, pode ser aferida através de um processo de certificação (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);”;

b. No facto n.º 23 que “Tratando-se a ... de uma plataforma No Code não será de esperar a necessidade de recurso a uma equipa de tecnologia de informação para o desenvolvimento, evolução e criação de aplicações na referida plataforma, sendo esta premissa válida para processos que possam ser automatizados e implementados diretamente com os recursos disponibilizados pela plataforma”;

c. No facto n.º 24 “que a ... se trata de uma aplicação No Code, não é de esperar que seja obrigatório conhecimentos técnicos de programação, mas sim de conhecimento de funcionamento da plataforma No Code em utilização e dos modelos funcionais que se pretendem ver implementados, por isso a certificação na plataforma é uma das possibilidades de aferir, com maior índice de segurança, estes mesmos conhecimentos (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos”.

I. Ou seja, tendo ficado provado na presente ação judicial que, qualquer técnico informático (e até qualquer pessoa sem conhecimentos informáticos ou de programação) conseguiria “desenvolver, evoluir e criar aplicações” na plataforma informática em causa nos autos, até que ponto é proporcional e fomentador da concorrência (e, por isso, conforme com o artigo 1.º-A/1 do CCP) exigir que os técnicos disponham dessa certificação, quando são raros os operadores económicos que, no mercado, dispõem da referida certificação e, na verdade, essa certificação nem sequer é necessária para executar o objeto do contrato inerente aos autos? Não é, por isso, a referida exigência técnica desproporcional e demasiado restritiva da concorrência?

J. Ao que acresce ainda referir, como também ficou provado nos autos, nos factos 37 e 28, que a certificação é concedida pela própria Contrainteressada B... (proprietária da plataforma informática em causa), um operador económico que se encontra (apenas “aparentemente”) em posição semelhante à Recorrente (e a quaisquer outros operadores no mercado, tendo como objetivo não só o lucro, mas e por isso mesmo, também a adjudicação de contratos, mormente contratos públicos).

K. De facto, o dever de as entidades adjudicantes atuarem no âmbito da contratação pública ao abrigo do princípio a proporcionalidade é constantemente reconhecido pela jurisprudência (cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul

de 14-06-2018 (Proc. 2324/17.9BELSB); na jurisprudência europeia, cfr. Acórdãos de 03-06-2021 (Proc. C-210/20 – Rad Service), n.º 39; e de 08-12-2022 (Proc. C-769/21 – AAS BTA Baltic Insurance Company), n.os 38-52)

L. E, neste sentido, também a jurisprudência se tem pronunciado pela ilegalidade de especificações técnicas que restrinjam, em demasiada e de forma desproporcional, a concorrência - veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 1834/21.8BELSB, de 05.05.2022, disponível em www.dgsi.pt. “VI - Cumpridos estes limites, a entidade adjudicante pode conformar o procedimento com as exigências que considere necessárias, desde que cumpra também, no momento da determinação dos critérios de seleção, os princípios fundamentais da contratação pública enunciados no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, e no art. 1.º-A, do CCP, tratando os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como atuando de maneira transparente e proporcionada, assim se garantindo, designadamente, que a organização do contrato não tem o intuito de reduzir artificialmente a concorrência ou de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.” Ou o próprio Acórdão proferido por este Douto Supremo Tribunal, no proc. n.º 01576/21.4BEPRT, de 30.03.2023, disponível em www.dgsi.pt, “III - Assim, sem se contestar a “ampla margem de apreciação das entidades adjudicantes no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato”, não podem aquelas, na sua estipulação – como, no caso dos presentes autos, resulta dos factos provados – criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente oferecidos pelo mesmo, devendo possibilitar-se, pelo contrário, a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas existentes no mercado.”

M. E, no mesmo sentido, veja-se também o que diz a doutrina, mormente Pedro Sánchez, “no âmbito da contratação pública é rotineiro o choque entre princípios dotados de uma elevada relevância constitucional ou europeia que, por isso, têm de ser cuidadosamente ponderados no caso concreto. Nesse choque é especialmente frequente ver afetado o princípio da concorrência: as entidades adjudicantes são reiteradamente chamadas a restringir o universo potencial de concorrentes para assegurar a satisfação dos interesses públicos que justificaram a decisão de contratar. Nessa medida, este teste de proporcionalidade é decisivo para averiguar se qualquer restrição imposta ao princípio da concorrência é juridicamente válida e legítima. Por isso, nos termos agora referidos, importa confirmar se:

i) A restrição à concorrência é idónea para contribuir para a satisfação do interesse público subjacente ao contrato; se tal restrição se revela afinal inútil para produzir qualquer mais-valia na prossecução do interesse público, deve então ser abandonada por ser arbitrária.

ii) A restrição à concorrência é necessária para satisfazer o interesse público subjacente ao contrato – devendo considerar-se desnecessária se esse interesse público puder ser prosseguido de modo igualmente eficaz através de uma medida menos lesiva do universo concorrencial;

iii) A restrição à concorrência é proporcional por produzir um grau de satisfação do interesse público subjacente ao contrato que se revele pelo menos equivalente ao grau de lesão que é produzido no universo concorrencial.

3. A este teste devem ser submetidas, insista-se, quaisquer medidas que tenham um impacto negativo – explícito ou encapotado – sobre o universo concorrencial. Aí se incluem: (...) i) Quaisquer condições de participação no procedimento; (...).”:

Tendo em conta que cada um destes requisitos ou condições pode impedir (ou pelo menos dificultar) a participação no procedimento ou a apresentação de uma proposta atrativa por um ou mais interessados em contratar, a sua fixação deve, pois, ser considerada como potencialmente restritiva da concorrência, sendo a sua admissibilidade condicionada à realização do teste de proporcionalidade agora descrito.” [Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ – Direito da Contratação Pública. Volume I. Lisboa: AAFDL, 2020. pp. 93-94.]

N. Com efeito, se o procedimento pré-contratual de natureza concorrencial adotado só é compreensível com o intuito de abertura ao mercado, então é claro que condição de participação que se não encontre rigorosamente justificada ou que se estenda além do necessário para os fins pretendidos pelo legislador corresponderá sempre a uma restrição gratuita e, logo, ilícita do próprio alicerce concorrencial (cfr. Acórdãos do TJUE de 03-03-2005 (Procs. C-21/03 e 34/03 - Fabricom), n.os 34-35; de 16-12-2008 (Proc. C-213/07 – Michaniki); ou de 23-12-2009 (Proc. C-376/08 - Serrantoni), n.os 33, 34 e 38-40).

O. Nos termos que foram recentemente apresentados no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 15/2022 (Proc. 141/2021), “No centro da contratação pública está o princípio da concorrência. Na verdade, o fundamento da aquisição de bens e serviços a terceiros para a satisfação de necessidades públicas reside na eficiência económica [...] Logo, quanto mais ampla for a concorrência, maior será o número de agentes económicos que poderão apresentar propostas e, seguindo-se o raciocínio, melhor

será o resultado final. O inverso é igualmente verdade: limitando-se a concorrência, limita-se o número de agentes económicos que podem apresentar propostas e, logo, em princípio, será, do prisma estritamente económico, pior o resultado”.

P. Por fim acresce ainda referir que a ponderação sobre a legalidade desta especificação técnica deve também ter em conta que, como ficou provado nos autos, nos factos 37 e 28, a certificação exigida na referida especificação técnica é concedida pela própria Contrainteressada B... (proprietária da plataforma informática em causa), um operador económico que, por isso, se encontra apenas “aparentemente” em posição semelhante à Recorrente - pois, na verdade, não só é concorrente como é proprietária da plataforma informática em causa nos presentes autos e responsável pela concessão da certificação exigida para a admissão de propostas neste concurso público.

Q. Em suma, fica claro, pelas referências doutrinárias e decisões judiciais acima transcritas, que é necessária a intervenção do STA para proferir uma orientação jurisprudencial, em conformidade com o direito europeu e que possa ser seguida por todos os tribunais nacionais, para evitar que continuem a ser proferidas decisões contraditórias entre si e, também, contraditórias com a doutrina portuguesa.

R. Ao mesmo tempo, as decisões judiciais padecem de erros que não se podem cristalizar na ordem jurídica.

S. Por fim, recorde-se ainda que a complexidade da resolução desta questão, implica que a mesma também possa vir a colocar-se em casos futuros. Numa frase, também se justifica este tipo de recurso se “estamos perante questão que é manifestamente susceptível de se repetir num número de casos futuros indeterminados, isto é, se verifica a capacidade de expansão da controvérsia que legitima o recurso de revista como garantia de uniformização do direito nas vestes da sua aplicação prática” (cfr. Acórdão de 16.06.2010, Proc. 0176/10, disponível em www.dgsi.pt).

T. E, de facto, não só esta questão é manifestamente suscetível de se repetir – como efetivamente se tem vindo a repetir – recorde-se, como à data de hoje, semelhantes questões (relativas à proporcionalidade ou não de determinadas especificações técnicas e mormente ao impacto da sua previsão na restrição da concorrência e na aferição da sua própria proporcionalidade) ainda se colocam, o que traz, como é óbvio, insegurança e incerteza jurídica a todos os operadores que queriam participar num procedimento de concurso público.

U. No que concerne ao requisito da relevância jurídica fundamental, no fundo, esta matéria, ao nível do contencioso pré-

contratual, apresenta uma complexidade jurídica superior ao comum – pela dificuldade acrescida em ter de interpretar estes preceitos, não só à luz do regime jurídico nacional vigente, como à luz da legislação e jurisprudência europeias. No fundo, estamos a falar da necessidade de efetuar operações exegéticas complexas, que implicam a conjugação de vários enquadramentos e regimes normativos especialmente intrincados.

V. E a complexidade é de tal forma evidente que isso resulta, em primeiro lugar, dos próprios autos – onde foi o próprio Tribunal Central Administrativo Sul a reconhecer, a 10.02.2023, a necessidade de anulação da sentença proferida inicialmente pelo TAF de Leiria bem como a necessidade de realização de um julgamento – que, contudo, não foi totalmente esclarecedor – pois deu origem a uma sentença que, como o Tribunal a quo reconheceu, se encontrava ferida de erros (quer na matéria de facto dada como provada quer na fundamentação da matéria de direito, onde o TAF de Leiria aplicou o regime jurídico errado ao caso sub judice).

W. Sucede que, ainda que tenha julgado parcialmente procedente o recurso interposto pela aqui Recorrente (atento, nomeadamente, os erros de que padecia a sentença proferida em 1.ª instância), esse Tribunal a quo ainda não teve em conta os verdadeiros contornos do caso, mormente a necessidade de analisar a legalidade da referida especificação técnica, à luz dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, previstos no artigo 1.º-A/1 do CCP.

X. Consequentemente, a verdade é que, à presente data, continuam a suscitar-se problemas de interpretação jurídica relativamente a estas matérias aplicáveis nas ações de contencioso pré-contratual.

Y. E estas dúvidas se não forem resolvidas com uma orientação do STA certamente que irão continuar a expandir para um número sem fim de outros casos, como ficou claro também nos presentes autos – pois, de facto, esta questão não se coloca apenas nesta ação judicial, mas noutras que o STA já veio a apreciar (e em ações judiciais como as que foram supra citadas).

Z. Por fim, faça-se um pequeno apontamento apenas para alertar este Tribunal pela repercussão social relevante que estas questões também para a sociedade e o ordenamento jurídico português, extravasando apenas as partes do presente litígio – cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de maio de 2021 (proc. n.º 01462/19.8BELRS).

AA. E, na verdade, muitas são as situações onde a legalidade das especificações técnicas se levantam (mormente a sua eventual restrição da concorrência e a sua proporcionalidade se

levantam) e, também por isso, estas serão situações que certamente se vão levantar e, relativamente às quais, os operadores económicos precisam efetivamente de uma orientação, por forma a conduzirem os procedimentos pré-contratuais com mais segurança e estabilidade a nível jurídico

BB. E, tendo em conta todo o contexto supra descrito, parece, de facto, que se torna necessária a intervenção do STA, como já o próprio o afirmou noutros casos que implicaram a análise de especificações e cláusulas técnicas, pelos seguintes motivos: “Além disso, trata-se de questão situada no âmbito do vasto universo da «contratação pública», onde se pedem à Administração decisões transparentes, seguras e certas, de modo a saírem respeitados os princípios estruturantes da mesma. Assim, é também considerável a relevância social, e a vocação paradigmática, da presente revista” (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 01092/06.4BEVIS, de 24 de abril de 2021, disponível em www.dgsi.pt).

CC. Não podem, pois, restar quaisquer dúvidas de que no caso dos autos está em causa a melhor aplicação de direito de uma questão jurídica que se reveste de importância jurídica e social fundamental, devendo também por isso ter-se por preenchido o pressuposto previsto no n.º 1 do artigo 150.º do CPTA, admitindo-se o presente recurso de revista, por se considerar essencial e premente a pronúncia do STA relativamente a esta matéria.

DD. A Autora, na sua petição inicial, peticionou a procedência da ação por si proposta, de anulação do ato de adjudicação da proposta da Contrainteressada B... LDA. (“B...”) e da exclusão da sua proposta, proferido no concurso público tendente à celebração do contrato de “Aquisição de serviços para desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo Contraente Público” para tanto centrando os seus argumentos na ilegalidade da exigência técnica constante da alínea b) do n.º 7 do artigo 23.º do Caderno de Encargos, contudo o Tribunal a quo julgou improcedente os pedidos por si formulados.

EE. Sem conceder, a verdade é que contrariando todas estas normas e princípios essenciais do direito nacional e europeu da contratação pública, mormente os artigos 1.º-A/1 e 49.º do CCP e os princípios da concorrência, proporcionalidade e igualdade, a especificação constante da alínea b) do n.º 7 da Cláusula 23.ª do Caderno de Encargos tem por efeito uma restrição absolutamente desproporcionada da concorrência, nos termos que de seguida melhor se explicarão.

FF. Uma plataforma No Code é uma plataforma que não exige o recurso a uma equipa de tecnologias de informação para que se

proceda ao seu desenvolvimento, evolução e criação de aplicação (objeto do presente procedimento), ou seja, é uma plataforma que por não ter código, pode ser customizada ou desenvolvida por qualquer pessoa ou, no limite, por qualquer técnico com ou sem certificação na plataforma em causa.

GG. O que permite que as entidades que adquirem esta plataforma não fiquem reféns da empresa proprietária (neste caso da Contrainteressada B...) quando precisam de contratar serviços de manutenção, evolução e desenvolvimento da plataforma (como é aqui o caso), já que, sendo esta uma plataforma No Code, qualquer técnico informático (ou qualquer empresa do sector) tem capacidade para o fazer - isto porque não é necessário um conhecimento técnico de programação de códigos.

HH. Por isso, para aquisição do tipo de serviços do presente procedimento, em que está em causa uma plataforma No Code, as Entidade Adjudicantes devem adotar um procedimento mais concorrencial, como o concurso público, precisamente porque qualquer empresa do sector pode prestar este tipo de serviço [não existindo, assim, fundamento para a adoção de um procedimento de Ajuste Direto ao abrigo dos critérios materiais previstos na alínea e) do artigo 24.º do CCP].

II. Ao invés, nas plataformas com código, só as empresas proprietárias é que podem proceder à sua manutenção, evolução e desenvolvimento, porque é necessário que estes serviços sejam prestados por programadores com acesso ao código fonte da plataforma, que é um direito exclusivo da empresa proprietária (que não pode ser dado a conhecer a outras empresas). Nestes casos, por a plataforma informática ter um código, as entidades adjudicantes estão obrigadas a adotar um procedimento de Ajuste Direto ao abrigo de critérios materiais para adjudicar os serviços à empresa proprietária, por ser a única que tem acesso ao código fonte da sua plataforma, não existindo assim concorrência por motivos técnicos ou por ser necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual. Ou seja, e por outras palavras, adotar um tipo de procedimento concorrencial seria completamente inútil porque nenhuma outra empresa conseguiria ou poderia prestar os serviços em causa.

JJ. Daí que, no presente procedimento, por a plataforma ... ser No Code, a Entidade Requerida tenha sido obrigada a adotar o procedimento mais concorrencial dos previstos no CCP, porquanto não se encontrava preenchida nenhuma das subalíneas da alínea e), do artigo 24.º do CCP. Aliás, este facto acabou por ser inclusivamente referido pelo júri no Relatório Final (cfr. Doc. 8 junto com a petição inicial).

KK. Na verdade, podendo ser desenvolvida por qualquer pessoa (incluindo técnicos de outras áreas que não das tecnologias da informação), o procedimento tinha, necessariamente, de ser aberto a todos os operadores económicos.

LL. Não obstante, a Entidade Requerida estabeleceu na Cláusula 23.^a, n.º 7, alínea b), do Caderno de Encargos que, para poderem participar no presente procedimento, os concorrentes tinham de apresentar uma equipa constituída por, no mínimo, dois técnicos certificados na plataforma ..., sendo que um deles tinha de possuir certificação máxima. E que, para comprovar o cumprimento deste termo ou condição, os concorrentes tinham de apresentar com a sua proposta os comprovativos da obtenção desta certificação [cfr. artigo 8.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), do Programa de Procedimento].

MM. Ou seja, e apesar da Entidade Demandada querer o desenvolvimento de uma plataforma No Code – desenvolvimento esse que pode ser prestado por qualquer empresa e por qualquer pessoa!! -, previu como requisito de exclusão das propostas a necessidade de existir uma equipa certificada nessa plataforma No Code!!!

NN. Ora, esta exigência – e a sanção que lhe é associada, de exclusão das propostas -, mostra-se absolutamente desproporcionada, funcionando como uma restrição ao universo de potenciais concorrentes, e, nessa medida, ao próprio princípio da concorrência, trave mestra e estrutural da contratação pública.

OO. Na verdade, não se compreende porque motivo a Entidade Demandada adotou um procedimento pré-contratual concorrencial como o concurso público – crê-se com o intuito de permitir que o maior número de operadores no mercado pudessem concorrer -, para depois restringir desmesuradamente essa concorrência, ao permitir apenas que fossem admitidas propostas cujos membros da equipa dos concorrentes possuíssem certificação na plataforma, exigindo, inclusive que, pelo menos, um dos membros da equipa, enquanto chefe da equipa, possuísse não só certificação nessa plataforma, mas o nível de certificação máxima!

PP. De facto, tamanha exigência apenas seria lícita se fosse compatível com o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que não sucede in casu.

QQ. Assim e desde logo, considerando o conteúdo das prestações contratuais acima descritas, constata-se que a exigência de que a equipa a afetar à execução do contrato ter de possuir “certificação na plataforma referida no n.º 1, sendo que, pelo menos, um dos membros da equipa, enquanto chefe da

equipa, deve possuir a certificação máxima” se mostra violadora das três vertentes do princípio da proporcionalidade, a saber: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito e não passa o “teste de proporcionalidade”.

RR. Efetivamente, face ao objeto do contrato, a certificação dos elementos da equipa técnica numa determinada plataforma No Code (que só pode ser concedida por uma empresa privada no mundo, com óbvio interesse no presente procedimento) é uma exigência manifestamente desnecessária e inútil.

SS. Como já aqui se demonstrou, uma plataforma No Code tem a grande vantagem de poder ser desenvolvida, evoluída, mantida e personalizada sem recurso a programadores e a linhas de código. Com efeito, qualquer técnico com experiência no desenvolvimento de aplicações em qualquer plataforma No Code (ou em plataformas com código) consegue executar o contrato que se pretende celebrar, porquanto, como é dito no próprio sítio na internet da Contrainteressada B... “Uma plataforma no-code é uma ferramenta de desenvolvimento sem necessidade de programação ou de conhecimento tecnológico e, portanto, direcionada para uma audiência não técnica”.

TT. Assim, como é evidente, a exigência de os técnicos terem de possuir uma certificação concedida unicamente pela Contrainteressada B... é completamente desnecessária e inútil para a boa execução do contrato e em última instância para a prossecução do interesse público.

UU. Por outro lado, essa exigência também não implica qualquer garantia adicional de que as tarefas incluídas no objeto do contrato serão realizadas de forma mais adequada, já que a detenção de certificados não é sequer um padrão capaz de mensurar ou garantir qualidade no tipo de serviços a contratar.

VV. Efetivamente, considerando que se trata de uma plataforma No Code, o contrato seria igualmente bem executado por dois técnicos com experiência no desenvolvimento de aplicações em plataformas No Code [quaisquer outras], o que permitiria que o interesse público continuasse a ser prosseguido de modo igualmente eficaz através de uma medida muito menos lesiva do universo concorrencial, permitindo que mais empresas se tivessem apresentado a concurso.

WW. Pelo que, a única consequência prática desta exigência foi impedir que qualquer outra empresa que não a Contrainteressada B..., pudesse disputar a adjudicação, afastando do universo de concorrentes todas as que atuam neste sector, como de resto sucedeu com a Autora, e todas as demais que, confrontadas com a impossibilidade de cumprir esta exigência, nem apresentaram proposta.

XX. Na verdade, não só a proposta da Autora, aqui Recorrente, foi excluída por não cumprir com os requisitos exigidos no Caderno de Encargos – por não dispor de técnicos com essa certificação (ainda que dispusesse de técnicos com experiência no desenvolvimento de plataformas No Code), como e ao contrário do que alega o Tribunal a quo, a Contrainteressada C... também só conseguiu apresentar um elemento da equipa com essa certificação – sendo que eram, no mínimo, exigidos dois.

YY. De modo que esta disposição procedimental configura, simultaneamente, uma discriminação de todas as empresas do sector e o favorecimento da Contrainteressada B..., que, curiosamente, foi a única que cumpriu com esta exigência.

ZZ. Na verdade, se a Entidade Demandada tivesse exigido apenas que os técnicos tivessem experiência no desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso a plataformas No Code, teria, naturalmente, efeitos bem menos restritivos para o universo de concorrentes e garantiria igualmente que uma equipa apta a desenvolver aplicações a um ritmo muito elevado.

AAA. A tudo isto acresce que a Entidade Demandada exigiu ainda uma certificação que apenas pode ser concedida pela Contrainteressada B....

BBB. E, para além disso, não só exigiu essa certificação como, ainda, que um dos técnicos a apresentar fosse detentor de uma a certificação máxima, o que também é manifestamente desnecessário, inútil, e ainda desproporcional face ao objeto do contrato.

CCC. O mesmo é dizer que a Entidade Demandada só admitiria uma proposta que contemplasse um técnico não com uma, mas com três certificações na plataforma ... (Associate, Confirmed e Guru).

DDD. Ora, se a exigência de os técnicos possuírem certificação na plataforma No Code já é completamente desnecessária e inútil, por não corresponder a qualquer mais-valia na prossecução do interesse público, exigir que um dos técnicos possua três certificações é, para além de inútil e desnecessário, manifestamente desproporcional em sentido estrito, por não produzir um grau de satisfação do interesse público subjacente ao contrato que se revele pelo menos equivalente ao grau de lesão que é produzido no universo concorrencial.

EEE. Aliás, face ao objeto do contrato, nem se consegue vislumbrar qual é o grau de satisfação do interesse público subjacente ao contrato que esta restrição desmesurada da concorrência pretendeu prosseguir.

FFF. Ao invés, considerando que apenas foram apresentadas três propostas e que apenas uma delas continha um técnico com a certificação máxima exigida, é evidente que o grau de lesão que esta restrição produziu no universo concorrencial é imensuravelmente superior a uma eventual satisfação do interesse público subjacente ao contrato.

GGG. Consequentemente, e por tudo quanto foi supra exposto, esta exigência é, portanto, meramente arbitrária, inútil, desnecessária e desproporcional, violando assim o princípio da proporcionalidade, constante do artigo 1.º-A/1 do CCP, assim como o artigo 49.º, n.ºs 4, 8 e 9.

HHH. Como é evidente, a generalidade das empresas, mesmo aquelas com experiência na área e em especial em projetos relacionados com plataformas No Code não têm à sua disposição um técnico com a certificação máxima numa plataforma de uma empresa concorrente para afetar à execução do contrato, ficando, desde logo, impedidas de participar no procedimento.

III. Pelo que, esta disposição produz apenas o efeito de discriminar todas as restantes empresas do sector e de favorecer a Contrainteressada B..., que, uma vez mais, como não poderia deixar de ser, também cumpriu com esta exigência.

JJJ. O que demonstra, de forma insofismável, que, não podendo adotar o procedimento de Ajuste Direto (pelos motivos acima expostos), esta exigência serviu apenas para que a Entidade Demandada garantisse a priori que a Contrainteressada B... seria a adjudicatária, correspondendo, no fundo, a um concurso público meramente artificial.

KKK. E, por isso, em face de todo o supra exposto, não há quaisquer dúvidas de que as especificações técnicas que fixam que todos os membros da equipa devem possuir certificação na plataforma No Code..., da Contrainteressada B..., sendo que, pelo menos, um dos membros da equipa, enquanto chefe da equipa, deve possuir a certificação máxima, se mostram extremamente restritivas do universo de potenciais concorrentes, sem nenhum fundamento racional assente em motivos relacionados com a boa execução do contrato.

LLL. Por outro lado, os requisitos obrigatórios da equipa configuram, simultaneamente, um favorecimento injustificado da Contrainteressada B... e uma discriminação das empresas, mesmo aquelas que tenham experiência na área e no desenvolvimento de aplicações em plataformas No Code em particular, para quem seria virtualmente impossível cumprir as especificações em causa.

MMM. Assim, e contrariamente ao que foi julgado pelo Tribunal a quo, não há como fugir à conclusão de que as especificações fixadas na alínea b), do n.º 7 da Cláusula 23.ª do Caderno de Encargos violam de forma gritante o artigo 49.º, n.ºs 2, 4 e 8 do CCP e, bem assim, os princípios proporcionalidade, da igualdade e da concorrência (artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP) – veja-se a este propósito a doutrina e jurisprudência nacional e europeia citadas pela Recorrente nas presentes alegações de recurso, nomeadamente a sentença proferida pelo Tribunal a quo, no proc. n.º 1358/19.3BELRA, onde também se impugnava uma especificação técnica, em tudo semelhante à dos presentes autos e a decisão proferida pela 1.ª instância foi bem diferente da proferida nos presentes autos.

NNN. Por fim, mas não menos relevante, a referida disposição do Caderno de Encargos para além de ser ilegal, nos termos já expostos, é também desproporcional e particularmente lesiva da esfera jurídica da Autora, na medida em que determinou a exclusão da sua proposta.

OOO. Ou seja, e ainda que a Entidade Demandada entendesse que era uma mais valia a apresentação de certificados de experiência na plataforma No Code em questão; pelo facto de corresponder a uma plataforma que pode ser desenvolvida por qualquer pessoa, sem necessidade de uma formação específica, não é, de facto, conforme ao princípio da proporcionalidade prever como consequência da não apresentação de uma certificação (que, na verdade, é desnecessária e inútil), a exclusão das respetivas propostas!

PPP. Na verdade, e ainda que se pudesse tentar compreender, a determinação dessas exigências enquanto critérios de avaliação preferenciais nunca poderiam os mesmos corresponder a especificações técnicas, cujo não cumprimento importa a exclusão de propostas.

QQQ. Ora, se é aberto um concurso público precisamente por estar em causa o desenvolvimento de uma plataforma No Code, que qualquer pessoa consegue desenvolver; como é que se explica que, afinal e apesar das características desse objeto contratual, só possam concorrer em empresas, onde todos os elementos da equipa proposta (neste caso, pelo menos 2) tenham obtido certificação no desenvolvimento da plataforma e onde, inclusive, um deles tenha obtido uma certificação máxima? E, como é que se explica ainda, que uma empresa possa ser excluída de um procedimento pré-contratual por não ter certificados que não são necessários para conseguir desenvolver a plataforma informática em questão nos autos?

RRR. Até porque, convém lembrar, a plataforma ... é propriedade da Contrainteressada B..., tendo esta empresa

direitos exclusivos de produção e comercialização sobre a mesma. Ou seja, a Contrainteressada B... é a única entidade que pode conceder as certificações que a Entidade Demandada estabeleceu como condição de acesso ao presente procedimento.

SSS. O que significa que é a Contrainteressada B... que decide quando abre os cursos de certificação na sua plataforma, que candidatos aceita nesses cursos e a quem concede as referidas certificações. Ou seja, e a final, é a Contrainteressada B... que decide livremente quantos técnicos com certificação existem no mercado e se concede (ou não) certificações na sua plataforma a técnicos que sejam colaboradores de empresas concorrentes, como a Autora. O que, diga-se, é completamente compreensível, porquanto o objetivo da Contrainteressada B... é o lucro e não, num espírito de boa vontade e solidariedade empresarial, a certificação de técnicos de empresas concorrentes, reduzindo assim drasticamente as hipóteses de obter mais contratos, monopolizando os técnicos certificados existentes. Por outras palavras, quanto menos técnicos certificados existirem no mercado, mais contratos como o que se pretende aqui celebrar serão adjudicados à Contrainteressada B... e, por consequência, maior será o seu lucro.

TTT. O presente procedimento acaba por ser prova irrefutável disso mesmo, em que a Contrainteressada B... foi a única empresa que cumpriu com as exigências da Entidade Demandada apresentado inclusivamente uma proposta com um preço igual ao preço base. Porquê? Porque sabia de antemão quantos técnicos (ou não técnicos) certificados na sua plataforma existem no mercado com a certificação válida (que não são seus funcionários). Tendo esta informação, a Contrainteressada B... sabia perfeitamente que nenhuma outra empresa conseguiria apresentar uma proposta que cumprisse todos os termos ou condições do Caderno de Encargos e, por isso, apresentou uma proposta com um preço igual ao preço base - 137 500,00 € (cento e trinta e sete mil e quinhentos euros).

UUU. Só um concorrente com a certeza absoluta que é o único que pode cumprir os termos ou condições previstas no Caderno de Encargos é que concorre a um concurso público (aberto a todo e qualquer operador económico), com um preço igual ao preço base (ainda por cima quando o critério de adjudicação previsto nas peças do procedimento previa que o preço tinha uma valia de 60%).

VVV. Por fim, importa ainda referir que a ponderação da conformidade destas exigências constantes do Caderno de Encargos com o princípio da proporcionalidade, ao contrário do que afirma o Tribunal a quo, não entram na esfera da

discricionariade administrativa da Administração Pública; antes é permitido e, arrisca-se a dizer, aliás, que é obrigação dos Tribunais realizar o exercício casuístico de conformação das normas procedimentais com os princípios gerais da contratação pública.

WWW. Consequentemente, as peças do procedimento aqui em questão são ilegais e a invalidade da referida disposição do Caderno de Encargos repercute-se no ato impugnado que, procedendo à respetiva aplicação material determinou a adjudicação da proposta da Contrainteressada B... e a exclusão da proposta da Autora, aqui Recorrente.

TERMOS EM que deverá o presente recurso ser admitido, julgado procedente, por provado e, consequentemente, deve a presente ação prosseguir para efeitos e nos termos do artigo 45.º do CPTA.

7. O ora **Recorrido Fundo Ambiental**, apresentou contra-alegações pugnando pela não admissibilidade do recurso e, subsidiariamente, pela sua improcedência. Concluiu como segue:

A. Resulta, das alegações de recurso da ora Recorrente, que as questões em discussão são, no essencial, as que foram discutidas na primeira e segunda instâncias, pelo que o argumentário da Recorrente é fundamentalmente o mesmo que invocaram nas Alegações do recurso interposto para o Tribunal Central Administrativo Sul.

B. A Recorrente pugna pela admissibilidade do Recurso de Revista interposto ao abrigo do disposto no artigo 150.º do CPTA, “não só para uniformização do direito e orientação da jurisprudência nacional (que apresenta fortes divisões de tratamento nesta matéria, o que gera, naturalmente, incerteza jurídica no ordenamento), mas também porque as instâncias anteriores trataram, salvo melhor opinião, de forma juridicamente insustentável as questões decidendas.”, no entanto, desde já se adianta, que parece que não estão preenchidos os requisitos para a Revista ser admitida.

C. E quanto ao primeiro fundamento para sustentar o presente Recurso de Revista, “...para uniformização do direito e orientação da jurisprudência nacional (que apresenta fortes divisões de tratamento nesta matéria, o que gera, naturalmente, incerteza jurídica no ordenamento)” vem a Recorrente alegar que: “... importa aferir se a decisão adotada pelo Tribunal a quo, não contende com a doutrina e jurisprudência nacionais mais do que consolidada, de que a adoção de um procedimento pré-contratual, como o concurso público, implica o máximo respeito pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência, previstos no artigo 1.º-A/1 do CCP, nomeadamente por o

concurso público dever permitir o acesso a todos e quaisquer operadores económicos e não apenas a alguns (ou, mais concretamente, apenas a 2 ou 3)”.

D. Em primeiro lugar, diga-se, desde já, que, quanto a este fundamento, as alegações da Recorrente são contraditórias entre si, pois ou existe necessidade de uniformização de jurisprudência em virtude da “jurisprudência nacional apresentar fortes divisões” no tratamento da matéria em apreço, ou de facto, está “...a doutrina e jurisprudência nacionais mais do que consolidada”.

E. Ora, como é notório, estas duas alegações da Recorrente não podem subsistir em simultâneo, por se excluírem mutuamente, o que, desde logo implica que quanto a este fundamento, não deve ser admitida a Revista.

F. Quanto aos demais fundamentos, a Recorrente submete a Revista do Supremo Tribunal Administrativo, não uma qualquer questão de direito de particular relevo, “com vista à melhor aplicação do Direito”, mas antes a sua discordância para com os fundamentos que subjazem o entendimento quer da primeira, quer da segunda instância quanto a esta matéria, bem como, não existe qualquer questão de direito de grande importância relativamente à qual seja absolutamente necessário que se fixe, para o futuro, o sentido interpretativo a seguir.

G. As referidas decisões foram suficientemente fundamentadas, não havendo evidência (nem a mera aparência) de erro grosseiro, ou de má aplicação do direito.

H. Com efeito, para além desta questão ter sido amplamente desenvolvida e tratada de forma particularmente consistente quer em primeira, quer em segunda instância, tendo havido, inclusivamente, dupla conforme.

I. Foi também já desenvolvida quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, aliás, ambas citadas pelo douto Acórdão agora recorrido e pelo Tribunal de 1ª instância.

J. E, como é óbvio, não se justifica a intervenção do Supremo Tribunal Administrativo em todas as situações em que as partes não concordem com o sentido jurisprudencial prevalecente (como se crê ser o caso).

K. Caso contrário, deixaria de ter o papel de válvula de escape e de segurança do sistema que lhe é reconhecido e passaria a funcionar como terceira instância a que se acederia normalmente, porventura ao abrigo de critérios de alçada e sucumbência.

L. Razão pela qual não se justifica a intervenção deste Supremo Tribunal, não devendo ser admitida a Revista.

M. A ora Recorrente considera que as exigências constantes na alínea b), do n.º 7, do art. 23.º do Caderno de Encargos, relativas à certificação dos membros de equipa violam o art. 49.º, n.ºs 4, 8 e 9 do CCP, os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da concorrência (art. 1.ºA, n.º1 do CCP), bem como o art. 42.º da Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

N. Mas tal não é verdade, como ficou sobejamente demonstrado quer no Douro Acórdão do Tribunal “a quo”, quer na Doutra Sentença do Tribunal de 1ª Instância.

O. A necessidade de contratação, pelo ora Recorrido, de serviços de consultoria funcional para desenvolvimento de aplicações informáticas, decorre da obrigação que impende sobre o Recorrido de cumprir o plano anual de atribuição de apoios para o corrente ano de 2022, associado às obrigações contratuais do Fundo Ambiental, enquanto beneficiário intermediário do PRR

P. Atendendo ao extenso programa de avisos e de apoios a conceder até ao final do ano, a principal preocupação do Recorrido era a que a equipa a afetar ao projeto, possuisse a experiência comprovada no desenvolvimento de aplicações na plataforma ... em utilização no Fundo Ambiental, sob pena dos objetivos estratégicos não serem atingidos.

Q. Assim, as especificações técnicas constantes da Cláusula 23.^a do Caderno de Encargos, máxime da alínea b) do n.º 7, destinam-se a garantir as condições necessárias e imprescindíveis à satisfação do interesse público em causa - relacionado com o cumprimento do plano anual de atribuição de apoios para o corrente ano de 2022, associado às obrigações contratuais do Fundo Ambiental, enquanto beneficiário intermediário do PRR – o qual exigia a certificação da equipa a contratar na plataforma tecnológica específica em utilização pelo contraente público (Vide Pedro Fernández Sánchez, in Direito da Contratação pública, FDL Editora, 2020, pp. 668 e sgs.).

R. Tal exigência é objetivamente justificada e proporcionada, como meio de assegurar a prossecução do interesse público em causa, não podendo tal interesse público ser prejudicado, ou colocado em grave risco em estrito benefício da concorrência, como poderia vir a resultar da contratação de especialistas sem a certificação técnica indispensável.

S. Ainda que potencialmente restritiva da concorrência, a referida exigência afigura-se perfeitamente admissível e justificada pelo interesse público relevante que visa salvaguardar.

T. Não seria razoável o Recorrido Fundo Ambiental correr riscos desnecessários na aquisição de serviços de uma equipa não

certificada e com a elevada probabilidade de consumir mais horas do que uma equipa certificada ou por desconhecimento da plataforma introduzir desenvolvimentos que colocassem em risco o funcionamento das aplicações que já estão em produção.

U. Veja nesse sentido, quer a doutrina (Pedro Sánchez ou Miguel Assis Raimundo), quer a jurisprudência (Ac. do TCA Norte de 09-09-2016, Proc. 00034/15.0BEAVR ou Ac. do S.T.A. de 11-01-2017, Proc. 0927/16).

V. Embora seja proibida uma intenção de restrição da concorrência, em sentido contrário à igualdade entre operadores económicos, o que não se pode pedir é que o Recorrido prescinda da prerrogativa de escolha do que racionalmente entenda que melhor se possa adequar à satisfação das suas necessidades.

W. E neste caso, o que se pretende é celebrar um contrato de aquisição serviços de natureza intelectual, sendo que os serviços em causa são, só por si, bastante complexos, e envolvem necessariamente a intervenção de uma equipa composta por técnicos especializados e conhecedores da plataforma ..., em utilização no Fundo Ambiental.

X. O princípio da concorrência não significa que são os interessados que escolhem o que a entidade Adjudicante deve adquirir, em que moldes e porque preços, e não é apenas porque o mercado tem determinado produto, que as Entidades Adjudicantes estão obrigadas a permitir a possibilidade de o adquirir.

Y. O princípio da prossecução do interesse público implica que a Entidade Adjudicante defina os seus procedimentos na ótica da melhor defesa dos seus interesses, designadamente os seus interesses financeiros, dentro dos produtos que pretende em termos funcionais.

Z. Ora, e de acordo com o artigo 42.º do CCP, a entidade adjudicante tem a faculdade de definir especificações por referência a parâmetros base e termos ou condições, definindo, assim, limites mínimos e máximos.

AA. É a entidade adjudicante que se encontra melhor preparada para avaliar se determinado requisito técnico é necessário, ou não, para responder às exigências do objeto do concurso. (vd. Acórdão do TCAS, de 10/05/2018 – Proc. n.º 1025/17.2BESNT).

BB. Assim, e ao contrário do que alega a Recorrente, a formação e certificação exigida na alínea b), do nº 7 da cláusula 23ª do Caderno de encargos é, um elemento fundamental à (boa)

execução do contrato, tendo, por isso, sido adequada, proporcional e legalmente prevista pelo Caderno de Encargos.

CC. A exigência da certificação prevista no nº 7 da cláusula 23ª do Caderno de Encargos, era realmente o único instrumento de que o ora Recorrido dispunha de forma a assegurar que o concorrente tem os conhecimentos e as aptidões necessárias para executar o contrato em tempo útil, que permitisse ao Recorrido cumprir com as suas obrigações e compromissos.

DD. E a assim ser, não restam dúvidas quanto à necessidade de se exigir, neste caso concreto, a certificação prevista na alínea b) do nº 7 da cláusula 23ª do Caderno de Encargos, não existindo, ao contrário do referido pela Recorrente, qualquer violação do disposto no artigo 49.º, n.ºs 4, 8 e 9 do Código dos Contratos Públicos e do princípio da concorrência, na medida em que a exigência de certificação encontra respaldo direto e inequívoco no mencionado n.º 8, ou seja: “A menos que o objeto do contrato o justifique ...”, como sem dúvida se justifica na presente situação.

EE. Vem ainda a Recorrente alegar que “as exigências vertidas nesta disposição relativas à certificação dos membros da equipa são manifestamente desproporcionais”, e isto porque, no seu entendimento “o objeto do contrato a celebrar é a prestação de serviços de consultoria funcional para o desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code”.

FF. E para a Recorrente “uma plataforma no code é uma plataforma que não exige o recurso a uma equipa de tecnologias de informação para que se proceda ao seu desenvolvimento, evolução e criação de aplicação”

GG. No entanto, e contrariamente ao que vem alegado, está por demonstrar, e nem a Recorrente o conseguiu provar, que apenas a empresa B... podia apresentar uma proposta em condições de ser admitida, pois caso contrário o ora Recorrido poderia ter optado por um ajuste direto, nos termos do artigo 24.º n.º 1, alínea e) subalínea ii).

HH. E da improcedência destas conclusões da Recorrente, já se pronunciou, e bem, quer o Douto Acórdão ora recorrido, quer a douta Sentença de 1ª Instância, pelo que se subscreve e adere na íntegra ao aí vertido, e que por uma questão de economia processual se se abstém de reproduzir.

II. De tudo o anteriormente exposto, resulta que não devem proceder os argumentos aduzidos pela Recorrente, porquanto foram respeitadas todas as normas e princípios basilares em matéria de contratação pública, não padecendo nem o ato

impugnado, nem o Douto Acórdão do Tribunal “a quo”, como já demonstrado, de qualquer vício.

JJ. De facto, o que está aqui em causa não é a legalidade da alínea b) do n.º 7 da Cláusula 23.ª do Caderno de Encargos, conforme aparentam as alegações da Recorrente, mas tão-só a (in)conveniência destas regras para a Recorrente, que reconhecendo que não cumpria estes requisitos mínimos (e não tendo, por isso, fundamentos para contestar a respetiva exclusão), pretende, desta forma, criar uma “nova oportunidade” para participar no procedimento em apreço, aliás como é já seu apanágio (vejase a este propósito o Processo n.º 1119/21.0BELRA, que correu termos também no TAF de Leiria).

KK. E a assim ser, o Acórdão do Tribunal a quo não merece qualquer reparo, pois além de devidamente fundamentado, o mesmo encontra-se suportado quer pela Jurisprudência quer pela doutrina citada quer no Acórdão em crise quer na Sentença de 1ª instância.

LL. De tudo o anteriormente exposto, resulta que não devem proceder os argumentos aduzidos pelos Recorrentes, porquanto foi interpretado e aplicado corretamente o direito, não padecendo o douto Acórdão recorrido, como já demonstrado, de qualquer vício.

MM. Donde não incorre douto Acórdão recorrido, de nenhum erro de aplicação do direito.

8. O recurso de revista foi admitido por acórdão de 26.06.2024, proferido pela Secção de Contencioso Administrativo deste STA, em formação de apreciação preliminar, do qual se extrai:

“(…)

A A. justifica a admissão da revista com a relevância jurídica e social das questões a apreciar, atento à sua elevada complexidade resultante das dificuldades de conjugação do regime jurídico nacional com a legislação e jurisprudência europeia e por ser susceptível de se repetir num número indeterminado de casos futuros, e com a necessidade de se proceder a uma melhor aplicação do direito, imputando ao acórdão recorrido erro de julgamento, por a cláusula 23.ª, n.º 7, al. b), do caderno de encargos, violar os princípios da concorrência, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade, bem como o art. 49.º, n.º 4, do CCP, por a especificação dela constante se traduzir numa restrição desproporcional da concorrência, porque, face ao objecto do contrato a celebrar, a certificação dos elementos da equipa técnica numa plataforma No Code que só pode ser concedida pela contra-interessada “B...” é uma exigência manifestamente desnecessária e inútil

para a boa execução daquele e para a prossecução do interesse público, dado que o contrato seria igualmente executado por 2 técnicos com experiência no desenvolvimento de aplicações em plataformas No Code (quaisquer outras), permitindo que mais empresas se tivessem apresentado a concurso.

Está em causa nos autos a questão de saber se, como alega a A., a aludida cláusula do caderno de encargos se traduz numa redução desproporcionada da concorrência por a contra-interessada “B...” ser a titular dos direitos exclusivos de produção e comercialização sobre a plataforma e a única entidade que pode conceder as certificações que foram estabelecidas como condição de acesso ao procedimento, cabendo-lhe decidir quando abre os cursos de certificação e quais os candidatos que aceita e se tal exigência se mostrava desnecessária por a plataforma No Code, não tendo código, poder ser desenvolvida por qualquer técnico informático, com ou sem certificação na plataforma.

Tal questão, de cariz inovador neste STA e dotada de inegável relevância jurídica, mostra-se complexa, sobretudo por exigir a harmonização do direito nacional com o da união europeia e, eventualmente, convocar a jurisprudência do TJUE”.

9. Sem vistos, por não serem legalmente exigidos, cumpre apreciar e decidir.

•

II. Questões a apreciar e decidir:

10. As questões suscitadas pela RECORRENTE, delimitadas pelas alegações de recurso e respetivas conclusões, traduzem-se em apreciar:

- Se o acórdão recorrido errou ao julgar que a cláusula 23.º, n.º 7, alínea b), do caderno de encargos que exigia uma determinada certificação dos elementos da equipa técnica a afetar à execução do contrato dos autos – a qual só poderia ser atribuída pela Contrainteressada B... - não viola os princípios da concorrência, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade consagrados no artigo 1.º-A do CCP, nem os n.ºs 4, 8 e 9 do artigo 49.º do mesmo código, nem finalmente, o artigo 18.º n.º 1 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

•

III. Fundamentação

III.i. De facto

11. O acórdão recorrido considerou a factualidade assente na sentença proferida pela 1.^a instância, que transcreveu nos seguintes termos:

1. No dia 31 de Março de 2022 foi proferido um despacho pela Diretora do Fundo Ambiental que aprovou a decisão de contratar e as peças do procedimento de concurso público, sem publicação no Jornal Oficial da União Europeia, para “Aquisição de serviços para desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo Contraente Público (...)”, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, referindo a informação n.º ...22..., com a mesma data, abreviadamente o seguinte: “(...) C. Escolha do procedimento Não se justificando a avaliação da capacidade financeira ou técnica do(s) cocontratante(s), opta-se pelo procedimento de concurso público sem publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, em razão do valor dos contratos a celebrar ser superior a 75.000,00€, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos” (cf. documento n.º 9 junto com a petição inicial e a fls. 33 a 42 do processo administrativo);

2. No dia 1 de Abril de 2022 o anúncio do procedimento n.º ...22, foi publicado em Diário da República, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, referindo abreviadamente o seguinte: “MODELO DE ANÚNCIO DO CONCURSO PÚBLICO 1 - IDENTIFICAÇÃO E CONTACTOS DA ENTIDADE ADJUDICANTE

Designação da entidade adjudicante: Fundo Ambiental

NIPC: 600086992

Endereço: Rua de "O Século", n.º 63, 3.º

Código postal: 1200 433

Localidade: Lisboa

País: PORTUGAL

Endereço Eletrónico: dcp@sgambiente.gov.pt

2 - OBJETO DO CONTRATO

Designação do contrato: Aquisição de serviços para desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo Contraente Público
Descrição sucinta do objeto do contrato:
Aquisição de serviços para desenvolvimento de aplicações

informáticas com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo Contraente Público

Tipo de Contrato Principal: Serviços

Tipo de Contrato: Aquisição de Serviços

Preço base do procedimento? Sim

Valor do preço base do procedimento: 137,500.00 EUR

Classificação CPV (Vocabulário Comum para os Contratos Públicos)

Objeto principal

Vocabulário principal: ...00

Valor: 137,500.00 EUR

3 - INDICAÇÕES ADICIONAIS

Número de referência interna: 562/.../...21

O contrato envolve aquisição conjunta (satisfação de várias entidades)? Não

O contrato é adjudicado por uma central de compras? Não

O concurso destina-se à celebração de um acordo quadro? Não

É utilizado um leilão eletrónico? Não

É adotada uma fase de negociação? Não

Serão usados critérios ambientais? Não

4 - ADMISSIBILIDADE DA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS VARIANTES Não

5 - DIVISÃO EM LOTES, SE FOR O CASO

O contrato é dividido em lotes? Não

6 - LOCAL DA EXECUÇÃO DO CONTRATO

País: PORTUGAL

NUT III: PT

Distrito/Região: Lisboa

Concelho: Todos

Freguesia: Todas

7 - PRAZO DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

Prazo de execução do contrato [prazo inicial sem incluir renovações]: 6 meses

Previsão de renovações? Não

Prazo de renovações diferente do prazo inicial? Não

8 - DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

8.1 - Habilitação para o exercício da atividade profissional?

Não

8.2 - Informação sobre contratos reservados

Aplica-se a contratos reservados (54-A)?

Não

9 - ACESSO ÀS PEÇAS DO CONCURSO, PEDIDOS DE PARTICIPAÇÃO E

APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

9.1 - Consulta das peças do concurso

Designação do serviço da entidade adjudicante onde se encontram disponíveis as peças

do concurso para consulta dos interessados: Serviços de Compras Públicas

Endereço desse serviço Rua de "O Século", n.º 63, 3.º

Código postal: 1200 433

Localidade: Lisboa

País: PORTUGAL

Endereço Eletrónico: dcp@sgambiente.gov.pt

9.2 - Fornecimento das peças do concurso, apresentação dos pedidos de participação e apresentação das propostas

Plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante:

ACIN -iCloud Solutions (<https://www.acingov.pt>)

Link para acesso às peças do concurso (URL):

www.acingov.pt/acingovprod/2/index.php

10 - PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

Até às 23: 59 do 18 ° dia a contar da data de envio do presente anúncio

11 - PRAZO DURANTE O QUAL OS CONCORRENTES SÃO OBRIGADOS A MANTER AS RESPECTIVAS PROPOSTAS

90 dias a contar do termo do prazo para a apresentação das propostas

12 - CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

Se no ponto 5 for sim, o critério de adjudicação é diferenciado por lote? Não

Multifator? Sim

Fatores

Nome: Preço

Ponderação: 60 %

Subfatores? Não

Fatores

Nome: Experiência da Equipa

Ponderação: 40 %

Subfatores? Não

13 - PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO

Não

14 - IDENTIFICAÇÃO E CONTACTOS DO ÓRGÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Designação: Secretaria-Geral do Ambiente

Endereço: Rua de "O Século", n.º 63, 3.º

Código postal: 1200 433

Localidade: Lisboa

País: PORTUGAL

Endereço Eletrónico: dcp@sgambiente.gov.pt

15 - DATA DE ENVIO DO ANÚNCIO PARA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DA

REPÚBLICA

2022/04/01

16 - O PROCEDIMENTO A QUE ESTE ANÚNCIO DIZ
RESPEITO TAMBÉM É PUBLICITADO NO JORNAL OFICIAL DA
UNIÃO EUROPEIA:

Não

17 - IDENTIFICAÇÃO DO(S) AUTOR(ES) DO ANÚNCIO

Nome: AA

Cargo: Técnico Superior”

(cf. documento n.º 1 junto com a petição inicial e a fls. 72 a 76 do processo administrativo);

3. De acordo com o artigo 5.º do Programa do Procedimento, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, resulta o seguinte: “Não se justificando a avaliação da capacidade financeira ou técnica do(s) cocontratante(s), opta-se pelo procedimento pré-contratual na modalidade de concurso público, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º, conjugado com o disposto no artigo 130.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua redação inicial”, (cf. documento n.º 1 junto com a contestação da contrainteressada e documento a fls. 58 a 65 do processo administrativo);

4. De acordo com a Cláusula 2.ª, n.º 2, do Caderno de Encargos, com a epígrafe —Prazo de Execução, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, resulta abreviadamente o seguinte: “2. O contrato será executado na modalidade de bolsa de horas, num máximo de 3672 (três mil, seiscentas e setenta e duas) horas, de forma ininterrupta ou interpolada, e cessa automaticamente quando esgotado o número máximo de horas contratado”, (cf. documento a fls. 43 a 57 do processo administrativo);

5. De acordo com a Cláusula n.º 23 do Caderno de Encargos, com a epígrafe “Especificações Técnicas, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, resulta abreviadamente o seguinte:

“1. A execução do contrato compreende a prestação de serviços de consultoria funcional para desenvolvimento de aplicações informáticas, na modalidade de bolsa de horas, com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo Contraente Público. 2. O desenvolvimento aplicacional consiste na evolução dos módulos existentes e na criação de

novos módulos, cujo prazo de implementação não é desde já antecipável e que decorre, sobretudo, da publicação de avisos e protocolos a publicar pelo Fundo Ambiental, decorrentes, designadamente, da orientação estratégica dimanada do Despacho n.º ...22, de 11 de março, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 51, de 14 de março de 2022. 3. A execução do contrato deve contemplar: análise funcional, desenho, requisitos, estimação, documentação, testes e implementação sobre a plataforma em utilização pelo Contraente Público. 4. A definição, gestão e planeamento das atividades é efetuado pelo Contraente Público. 5. O Cocontratante deve assegurar a gestão de serviço, com enfoque na gestão da equipa (alocação, férias, substituição), na satisfação do cliente e da qualidade entregue. 6. O Cocontratante deve apresentar mensalmente um relatório, com resumo do total de horas executadas, total de horas disponíveis e identificação de todas as atividades realizadas no âmbito da Bolsa de Horas: Data, Técnico, Alocação. 7. Estabelecem-se os seguintes requisitos relativamente à equipa a afetar à execução do contrato: a) Perfil: Mínimo de 2 (dois) técnicos com a categoria de Consultor Funcional; b) Todos os membros da equipa devem possuir certificação na plataforma referida no n.º 1, sendo que, pelo menos, um dos membros da equipa, enquanto chefe da equipa, deve possuir a certificação máxima; c) Experiência mínima de 3 anos, seguidos, na função de Consultor Funcional.” (cf. documento a fls. fls. 43 a 57 do processo administrativo);

6. No dia 18 de Março de 2022 BB@..... enviou um email para CC@....., com Cc: DD@.....; EE@.....; FF@....., com o assunto, com o seguinte teor: “Assunto: Fundo Ambiental | Aquisição de serviços de desenvolvimento aplicacional CC, Considerando a publicação do Despacho n.º ...22, de 11 de março, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 51, de, que aprova o orçamento do Fundo Ambiental para o ano de 2022; Considerando as orientações estratégicas do Fundo Ambiental, bem como a definição do plano anual de atribuição de apoios e utilização das receitas para o ano de 2022; Considerando que, nos termos do Decreto-Lei n.º 114/2021, de 15 de dezembro, na redação conferida e republicada pelo Decreto-Lei n.º 114/2021, de 15 de dezembro, que procede à alteração ao Fundo Ambiental e à orgânica da Secretaria-Geral do Ambiente, dando cumprimento ao programa do Governo funde no Fundo Ambiental um conjunto de outros fundos no âmbito da área governativa do Ambiente e da Ação Climática; Considerando, em concreto, a integração no Fundo Ambiental do Fundo Florestal Permanente, o Fundo de Apoio à Inovação, o Fundo de Eficiência Energética e o Fundo para a Sustentabilidade Sistémica do Setor Energético. Torna-se necessário assegurar a aquisição de serviços de desenvolvimento informático na solução tecnológica em utilização

no Fundo Ambiental, de forma a assegurar a evolução das aplicações existentes para submissão de candidaturas, bem como garantir o desenvolvimento de novas aplicações em razão da orientação estratégica dimanada do já referido Despacho n.º ...22. Acresce mencionar que a exigência do plano anual de atribuição de apoios para o corrente ano de 2022, associado à obrigações contratuais do Fundo Ambiental, enquanto beneficiário-intermediário do PRR, implica o reforço quase-imediato da equipa de desenvolvimento informático para o Fundo Ambiental. Nesta conformidade, o procedimento aquisitivo deve acautelar que a equipa a afetar ao projeto deve ter experiência comprovada no desenvolvimento de aplicações na plataforma em utilização no Fundo Ambiental, i.e., ..., sob pena dos objetivos estratégicos não serem atingidos. Ou seja, a equipa deverá estar apta a desenvolver aplicações a um ritmo muito elevado, não havendo tempo nem disponibilidade para aprendizagem on job. Propõe-se a aquisição de, pelo menos, dois consultores funcionais para o desenvolvimento aplicacional na plataforma em utilização no Fundo Ambiental, cuja estimativa aponta para o valor aproximado de €137.500,00 (cento e trinta e sete mil e quinhentos euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor, para um total máximo de 3672 horas a €37,45, valor hora este calculado com base na tabela de preços/hora da AMA, IP., que fixa o valor máximo em €50, e que se julga que o mercado concorrencial corresponderá. Por último, de referir que há intenção de descontinuar a utilização desta plataforma e, paralelamente, proceder ao desenvolvimento de outra solução que responda a todas as necessidades atuais do Fundo Ambiental, também enquanto beneficiário intermediário do PRR. Estes dois processos terão de correr em quase em paralelo, uma vez que o volume de dados, segurança de dados, complexidade de procedimentos, não permite um simples processo de migração entre diferentes soluções aplicacionais. Assim, submetemos a consideração superior a eventual autorização para a preparação de um procedimento concursal para aquisição de serviços de desenvolvimento aplicacional nos termos acima descritos” (cf. documento n.º 3 junto a fls. 225 e seguintes dos autos);

7. No dia 7 de Abril de 2022 a Autora solicitou esclarecimentos no âmbito do procedimento identificado em 2, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, referindo abreviadamente o seguinte:

[IMAGEM]

(cf. documento n.º 2 junto com a petição inicial e a fls. 77 a 79 do processo administrativo);

8. No dia 12 de Abril de 2022 o Réu apresentou os esclarecimentos requeridos em 7, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, referindo abreviadamente o seguinte:

[IMAGEM]

(cf. documento n.º 3 junto com a petição inicial e a fls. 80 a 85 do processo administrativo);

9. *Em data não concretamente apurada, a Autora e as contrainteressadas apresentaram propostas no âmbito do procedimento identificado em 2, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido (acordo);*

10. *A contrainteressada C..., Lda., no momento de apresentação da proposta, tinha mais técnicos certificados na plataforma ..., pela contrainteressada B..., Lda., que não indicou pelo facto de estes não se encontrarem disponíveis para a respetiva execução naquele momento;*

11. *No dia 29 de Abril de 2022 o júri do concurso elaborou o relatório preliminar, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, tendo proposto a adjudicação da proposta da contrainteressada B..., Lda. e a exclusão das restantes propostas nos seguintes termos:*

[IMAGEM]

(cf. documento n.º 5 junto com a petição inicial e a fls. 142 a 147 do processo administrativo);

12. *No dia 6 de Maio de 2022 a Autora pronunciou-se em sede de audiência prévia, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido (cf. documento n.º 6 junto com a petição inicial e a fls. 148 a 172 do processo administrativo);*

13. *No dia 16 de Maio de 2022 o júri do concurso elaborou o relatório final, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, tendo proposto a adjudicação da proposta da contrainteressada B..., Lda. e a exclusão das restantes propostas nos seguintes termos:*

[IMAGEM]

(cf. documento n.º 7 junto com a petição inicial e a fls. 173 a 182 do processo administrativo);

14. *No dia 14 de Maio de 2022 foi adjudicado o objeto do concurso identificado em 2 à contrainteressada B..., Lda. (cf. documento n.º 1 junto a fls. 222 dos autos e a fls. 183 do processo administrativo);*

15. *No dia 24 de Maio de 2022 o Réu e a contrainteressada B..., Lda. celebraram o contrato objeto do concurso identificado em 2, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido (cf. documento a fls. 213 a 217 do processo administrativo);*

16. Do website da contrainteressada B..., Lda. resulta que a plataforma No Code: "(...) é uma ferramenta de desenvolvimento sem necessidade de programação ou de conhecimento tecnológico e, portanto, direcionada para uma audiência não técnica. Esta tecnologia permite a criação de aplicações web, muito alinhadas com a visão do negócio, além de portais, sejam internet, extranet ou intranet. As interações na plataforma são visuais e simplificadas. Na maioria das vezes é apenas necessário usar o rato e preencher alguns campos. Além disso, com frequência há equipas de consultoria para dar assistência aos novos utilizadores durante o processo de criação. Estas características permitem que uma empresa automatize os seus processos de negócio, crie as suas aplicações e faça a gestão das suas atividades sem ter propriamente um programador na equipa. Qualquer profissional com o mínimo de conhecimento informático está apto para a utilização de uma plataforma no-code (...) uma plataforma no-code permite a criação de aplicações sem precisar entrar naquele ecrã escuro e com imensas linhas de códigos. (...) uma plataforma no-code é previamente desenvolvida por uma equipa de programadores e especialistas em usabilidade para depois poder ser utilizada por pessoas sem conhecimentos em programação. Estas equipas (programadores e especialistas em usabilidade) desenvolvem o modelo com todos os elementos necessários para que, posteriormente e de forma independente, o utilizador não técnico consiga criar soluções apenas a carregar em botões. Em suma, como qualquer peça de software, uma plataforma no-code é construída através de programação. Não obstante, os utilizadores destas plataformas beneficiam dos modelos simplificados que lhes permitem construir aplicações sem recorrer a programação. Assim, gera-se um efeito de escala em que o impacto de uma equipa especializada/técnica atinge resultados mais amplos pela ação de utilizadores não técnicos. Assim, na área de desenvolvimento, dentro de uma plataforma no-code, estão disponíveis recursos como, por exemplo: menus, separadores, páginas, utilizadores e perfis, segurança, upload de arquivos, entre outros. Desta forma, o utilizador precisa apenas de comandos simples, como carregar no rato, para aceder a esses itens e através deles criar as suas soluções web. (...) Uma plataforma no-code facilita a criação de soluções para as necessidades específicas de cada negócio. Portanto, trata-se de um modelo de desenvolvimento que permite criar aplicações sob medida para a realidade de cada empresa. Adicionalmente, uma plataforma sem código potencia a colaboração entre as equipas e dá autonomia aos profissionais de diferentes áreas nas organizações. É a democratização do desenvolvimento de soluções web, também conhecida como citizen development. Este processo de desenvolvimento pelo cidadão (em tradução literal) incentiva que profissionais não capacitados em tecnologia

se tornem aptos a desenvolver diferentes soluções utilizando uma plataforma no-code. Isto porque com uma ferramenta no-code, qualquer pessoa fica capacitada para transformar ideias em soluções de negócio. As facilidades são tantas que estudos apontam para uma forte tendência de utilização deste tipo de tecnologia da informação pelas empresas. Um estudo da F..., por exemplo, indica que até 2024, 80% das aplicações desenvolvidas nas empresas não serão criadas por programadores, mas por pessoas comuns – que também podem ser chamadas de citizen developers. Portanto, com as plataformas sem código, a forma como os softwares estão a ser construídos dentro das empresas passa a ser mais democrática, uma vez que inclui utilizadores de diferentes setores. Podemos dizer que o no-code potencia a capacidade das empresas ao possibilitar o uso de todo o talento técnico já existente nas diferentes áreas corporativas. Em resumo, entre os benefícios de uma plataforma no-code estão: Facilidade para inovar; Autonomia; Redução de custos; Aumento da produtividade; Agilidade no desenvolvimento de soluções; Customização dos serviços; Soluções à medida. (...) Para percebermos melhor como uma plataforma no-code funciona, podemos pensar no exemplo de uma pessoa que trabalha na secretaria de uma escola. Esta profissional está sempre a receber requisições de materiais por parte dos alunos ou dos professores. O alto volume de pedidos acaba por tornar tudo um caos. O documento de Excel utilizado para o controlo do material não é nada prático. Tudo o que a profissional mais queria era um sistema no qual pudesse organizar os pedidos, agendar a entrega dos materiais e o recebimento dos equipamentos emprestados. Com uma plataforma no-code, a escola pode resolver este problema de forma prática, sem precisar contratar uma equipa de TI. Por exemplo, a instituição pode criar, através da plataforma, um portal direcionado ao público interno (alunos, professores e gestores) para que se possa fazer a gestão das requisições dos materiais escolares. Para a criação do portal será necessário apenas carregar nos menus para criar novas páginas, utilizadores e formulários de requisições de materiais. Tudo de forma intuitiva e acessível. (...) uma plataforma no-code é otimizada para utilização por profissionais de diferentes áreas e especialidades, que não dominam a programação, para criar soluções de acordo com as necessidades específicas da organização. Portanto, enquanto o low-code simplifica e acelera o trabalho dos programadores no processo de desenvolvimento, o no-code oferece um template intuitivo, com funções personalizadas, próprio para o uso de utilizadores sem conhecimentos tecnológicos. (...) Em conclusão, o modelo no-code pode ser aproveitado para realizar diversos projetos no meio empresarial. É por isso que os diferentes setores de mercado privado e instituições públicas já estão a usufruir dos benefícios das plataformas no-code. Em Portugal, a B...

disponibiliza o modelo no-code para o desenvolvimento de soluções de comunicação, gestão de processos e análise de dados. Empresas como a G..., H... e I... já desenvolveram soluções com a Plataforma B..., assim como organismos públicos, como o Fundo Ambiental e a Inspeção-Geral de Finanças – veja aqui alguns casos de sucesso. A Plataforma B... é robusta, simples e eficiente para a otimização de processos. Com um modelo no-code, conjuga nível de integração com simplicidade de utilização. De acordo com um estudo recente da 451 Research, as soluções no-code, como a Plataforma B..., têm o potencial de reduzir o tempo de desenvolvimento em 90%. Isto acontece, entre outros motivos, porque com uma ferramenta sem código é possível capacitar as equipas e promover uma colaboração multifuncional. Além disso, com uma plataforma no-code a adoção de metodologias torna-se mais ágil, reduzem-se os ciclos de implementação e há um maior alinhamento nas prioridades do negócio. Entre os recursos da Plataforma B... estão a gestão do ciclo de vida da informação e a definição do comportamento de processos, assim como a criação de dashboards intuitivos, relatórios à medida das necessidades e uma plataforma web com um conjunto completo de ferramentas de publicações (...)", (cf. ...);

17. A contrainteressada B..., Lda. concede três níveis de certificação na sua plataforma: ... (mais baixa), Confirmed (intermédia) e Guru (máxima) (cf. ...);

18. A contrainteressada B..., Lda. certificou cinco pessoas com nível máximo de Guru: GG, HH, II e JJ (cf. documento n.º 10 junto com a contestação da contrainteressada B..., Lda.);

19. Em Dezembro de 2021 a contrainteressada B..., Lda. certificou cinco pessoas com o nível advanced:

[IMAGEM]

(cf. documento n.º 11 junto cm com a contestação da contrainteressada B..., Lda.);

20. A contrainteressada B..., Lda. forma, aproximadamente, seis a sete pessoas por ano, num total aproximado de trinta pessoas, sendo que mais de 50% são pessoas externas à referida empresa;

21. A plataforma No Code, denominada de ..., é classificada como sendo do tipo PaaS que corresponde a um modelo de cloud computing que fornece uma plataforma onde os utilizadores podem desenvolver, executar e gerir as suas aplicações, sem a necessidade de configuração e gestão da infraestrutura de dados e comunicação, que normalmente inclui diversas ferramentas, bibliotecas e estruturas de dados que permitem facilitar e acelerar

o desenvolvimento de aplicações (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);

22. Neste contexto de desenvolvimento de aplicações, pretende-se que todos os utilizadores, mesmo sem conhecimento de programação, possam efetuar o desenvolvimento de aplicações e para isso devem ter conhecimentos básicos sobre os tipos de dados informáticos existentes numa aplicação e experiência na plataforma selecionada, a qual pode ser adquirida com estudo de documentação, autoestudo e exploração que, posteriormente, pode ser aferida através de um processo de certificação (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);

23. Tratando-se a ... de uma plataforma No Code não será de esperar a necessidade de recurso a uma equipa de tecnologia de informação para o desenvolvimento, evolução e criação de aplicações na referida plataforma, sendo esta premissa válida para processos que possam ser automatizados e implementados diretamente com os recursos disponibilizados pela plataforma, contudo o recurso a uma equipa de tecnologia de informação pode trazer vantagens como a disponibilização de aplicações tendencialmente mais robustas e diagnóstico de erros e maus funcionamentos mais rápidos, derivado do conhecimento técnico e da plataforma que estas equipas detêm (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);

24. Tendo em consideração que a ... se trata de uma aplicação No Code, não é de esperar que seja obrigatório conhecimentos técnicos de programação, mas sim de conhecimento de funcionamento da plataforma No Code em utilização e dos modelos funcionais que se pretendem ver implementados, por isso a certificação na plataforma é uma das possibilidades de aferir, com maior índice de segurança, estes mesmos conhecimentos (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);

25. A presença dos conhecimentos identificados em 23, podem traduzir-se numa maior qualidade das aplicações desenvolvidas assim como numa melhor gestão do tempo necessário para o seu desenvolvimento (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);

26. Tratando-se a ... de uma plataforma No Code proprietária e sem acesso público a licenças de trial (licenças que permitem utilizar um software/plataforma sem custos e sem compromisso de aquisição), torna-se mais complicado a obtenção de conhecimento sobre a mesma sem recurso a certificação (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);

27. Tratando-se a ... de uma plataforma No Code, depois de instalada e devidamente parametrizada, é de esperar que

qualquer técnico, com a devida certificação ou conhecimentos suficientes da plataforma, consiga implementar os objetos do contrato objeto do concurso identificado em 2 e, apesar de se tratar de uma plataforma No Code, existe uma curva de aprendizagem que irá condicionar não só o tempo de desenvolvimento da aplicação mas também a qualidade das aplicações desenvolvidas (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);

28. *Para desenvolver o serviço objeto do contrato dos presentes autos é necessário um técnico com conhecimentos da plataforma No Code em causa, sendo a certificação na plataforma uma das possibilidades de aferir, com maior índice de segurança, estes mesmos conhecimentos (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);*

29. *Nas plataformas com código desenvolvido à medida é necessário ter acesso ao código fonte, bem como à documentação técnica existente, para se poder proceder à manutenção preventiva e corretiva da solução assim como novos desenvolvimentos, sendo que a ausência destes pré-requisitos torna praticamente inviável qualquer uma das ações mencionadas (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);*

30. *Nas plataformas No Code, tendo acesso à plataforma e conhecimento sobre a mesma, pode-se efetuar todas as alterações que a plataforma base permitir, em relação à aplicação desenvolvida e problemas e limitações da plataforma base, apenas podem ser solucionados pela entidade que a desenvolveu uma vez que se trata de uma plataforma proprietária (cf. relatório pericial a fls. 1529 e seguintes dos autos);*

31. *Os elementos da equipa informática da Autora, apesar de demonstrarem experiência relevante em desenvolvimento de software e utilização de plataformas NoCode, não apresentam indícios de terem igual experiência na plataforma ..., contudo os mesmos poderão desenvolver a capacidade técnica necessária para operacionalizar a plataforma NoCode de forma generalizada (cf. relatório pericial a fls. 1572 e seguintes dos autos);*

32. *Relativamente ao facto de se estar perante a contratação, no que respeita ao contrato identificado em 2, de uma bolsa de horas fixas, é normal e compreensível que um técnico sem formação numa tecnologia ou plataforma necessite de despendar mais tempo para a execução da mesma tarefa, com o mesmo grau de qualidade ou exatidão, por isso, a execução do contrato nestes termos pode representar uma solução de menor qualidade quando comparada com a mesma solução desenvolvida por um técnico certificado com experiência e formação na mesma plataforma (cf. relatório pericial a fls. 1572 e seguintes dos autos);*

33. Independentemente do tipo de aplicações a serem desenvolvidas, um técnico sem formação, sem certificação e, principalmente, sem experiência prévia na plataforma ..., tem maior probabilidade de enfrentar limitações e dificuldades no desenvolvimento das tarefas propostas e, do mesmo modo, os índices de qualidade das aplicações desenvolvidas, podem também ser afetados, não ficando totalmente inviabilizada a possibilidade de um técnico sem formação, certificação, ou experiência no desenvolvimento de aplicações, executar o contrato (cf. relatório pericial a fls. 1572 e seguintes dos autos);

34. É conveniente que os técnicos que desenvolvam as aplicações objeto do concurso identificado em 2 tenham experiência na plataforma, por forma a garantir uma correta gestão da eficiência do tempo despendido e qualidade das aplicações apresentadas (cf. relatório pericial a fls. 1572 e seguintes dos autos);

35. O contrato objeto do concurso identificado em 2 encontra-se executado (acordo).”

III.2. Quanto aos **factos não provados** consignou-se na sentença recorrida:

“Não resultaram provados ou não provados outros factos com interesse para a decisão do mérito da causa.”

III.3. Foi a seguinte a motivação da decisão quanto à matéria de facto:

“O facto dado como provado identificado em 10 resultou do depoimento de KK, sócio-gerente da C..., Lda., que apresentou proposta no âmbito do presente concurso. O depoimento da referida testemunha, não obstante a empresa de que é sócio-gerente ser ocasionalmente parceira da contrainteressada B..., Lda. (referiu também que concorrem como opositores em vários concursos, como o presente) parceira, não mereceu a desconfiança do Tribunal.

Relativamente ao facto identificado em 20, o Tribunal teve em consideração as declarações de parte do legal representante da contrainteressada B..., Lda. o que resultou corroborado pelo depoimento de KK que atestou ter técnicos certificados na plataforma ... na sua empresa, designadamente ao tempo do presente concurso.

Os factos identificados nos pontos 21 a 34, particularmente no que respeita às características das plataformas No Code em geral e da plataforma ... em particular, resultaram, conforme resulta do probatório, dos relatórios periciais juntos aos autos e, por esse motivo, não foram tidas em consideração, para o efeito,

as declarações dos legais representantes da Autora e da contrainteressada, bem como das demais testemunhas arroladas por aquelas, atenta a manifesta suficiência do relatório pericial. Por fim, não se teve em consideração o depoimento das demais testemunhas arroladas pela contrainteressada por não terem demonstrado qualquer conhecimento ou participação concreta no procedimento concursal objeto dos presentes autos.”

III.4. *Constatando-se a insuficiência do probatório para, face à causa de pedir alegada pela Recorrente, se conhecer do objeto do recurso, nos termos do n.º 1 do art.º 662 do CPC ex vi art. 140.º, n.º 3 do CPTA, procede-se ao aditamento da seguinte factualidade:*

36. *O Programa de Procedimento dispunha, ainda:*

[IMAGEM]

- fls. 768 e ss. do SITAF

37. *A contrainteressada B..., Lda. é proprietária da plataforma, por si desenvolvida. – facto confessado pela CI no ponto 43.º da contestação;*

38. *A contrainteressada B... é a única entidade que ministra formação e concede certificação relativamente à plataforma – facto admitido por acordo das partes.”*

•

III.ii. De direito

12. O TCA Sul confirmou a sentença do TAF de Leiria, mantendo, assim, o decidido quanto à improcedência do pedido formulado pela **A...** de anulação do ato que aprovou o relatório final e adjudicou o procedimento à contrainteressada **B...**, bem como o pedido condenatório conexo.

13. Em síntese útil, do acórdão aqui recorrido extraí-se a seguinte motivação, a qual se transcreve:

“(...) sendo o objeto do contrato a celebrar no âmbito dos presentes autos o desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma, baseada no paradigma No Code, conforme resulta do anúncio do procedimento, e sendo esta uma plataforma proprietária, como resulta do relatório pericial, então não se afigura desproporcional, desigual ou desconforme com o princípio da igualdade e da concorrência a exigência de que a equipa que iria prestar os serviços tivesse certificação na mesma, uma vez que tal exigência está intrinsecamente ligada ao objeto do contrato e serve para a entidade adjudicante aferir da

adequação da equipa proposta, designadamente no que respeita ao nível de conhecimentos adquiridos.

Ou seja, é admissível e não é desproporcional a exigência de certificação, por parte da entidade adjudicante, na plataforma ... aos concorrentes no âmbito do concurso identificado em 2, uma vez que esta é uma forma de atestar experiência, a capacidade técnica da equipa e a respetiva aptidão para o desenvolvimento do objeto do contrato conferindo, assim, uma garantia adicional da sua adequada realização. Logo, tendo o Réu por pretensão o desenvolvimento de aplicações numa plataforma já utilizada, então não se afigura desproporcional, desigual ou incumpridor do princípio da concorrência ou do disposto nos artigos 49.º, n.º 4, n.º 8 e n.º 9 do CCP, a imposição de certificação técnica para avaliação da valia técnica da proposta.

Por outro lado, como acima se mencionou, o concurso tem como propósito a aquisição de serviços para desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo contraente público. Assim, não obstante a descrição do que configura o paradigma No Code, a verdade é que não compete aos Tribunais determinar, no caso concreto, quais os graus de certificação que podem ser exigidos à equipa proposta pelo contraente público. Assim, não se afigura desproporcional que todos os membros da equipa tenham certificação na plataforma referida, pois o objeto do contrato destina-se, precisamente, ao desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., em uso no contraente público. Neste sentido, improcedem as alegações vertidas nos artigos 37.º, 42.º a 59.º, 80.º a 89.º, 91.º a 98.º da petição inicial, bem como o incumprimento dos aludidos vícios”.

14. Ou seja, para o tribunal *a quo* a exigência de certificação na plataforma ... feita pela entidade adjudicante, encontra respaldo na necessidade de assegurar a experiência, a capacidade técnica da equipa e a respetiva aptidão para o desenvolvimento do objeto do contrato conferindo, assim, uma garantia da sua adequada realização. E, por outro lado, não é desproporcional que todos os membros da equipa tenham certificação na plataforma referida, pois o objeto do contrato destina-se, precisamente, ao desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., em uso no contraente público. Nessa medida, as especificações técnicas constantes da Cláusula 23.^a do Caderno de Encargos, máxime da alínea b) do n.º 7, não violam o princípio da concorrência ou do disposto no artigo 49.º do CCP, antes concretizando o princípio da prossecução do interesse público, destinando-se a garantir as condições necessárias e imprescindíveis à satisfação do interesse público em causa - relacionado com o cumprimento do plano anual de atribuição de apoios para o corrente ano de 2022,

associado às obrigações contratuais do Fundo Ambiental, enquanto beneficiário-intermediário do PRR – o qual exigia a certificação da equipa a contratar na plataforma tecnológica específica em utilização pelo contraente público.

15. É contra este entendimento que a **Recorrente** se insurge, desenvolvendo duas linhas de raciocínio:

1.^a - Que, contrariando todas estas normas e princípios essenciais do direito nacional e europeu da contratação pública, mormente os artigos 1.º-A/1 e 49.º do CCP e os princípios da concorrência, proporcionalidade e igualdade, a especificação constante da alínea b) do n.º 7 da Cláusula 23.^a do Caderno de Encargos tem por efeito uma restrição absolutamente desproporcionada da concorrência; e

2.^a - Que a previsão como requisito de exclusão das propostas a necessidade de existir uma equipa certificada nesta plataforma No Code, constitui uma exigência desproporcionada, funcionando como uma restrição ao universo de potenciais concorrentes, e, nessa medida, ao próprio princípio da concorrência.

16. O **Recorrido** defende, sufragando integralmente o decidido pelas instâncias, que *“não restam dúvidas quanto à necessidade de se exigir, neste caso concreto, a certificação prevista na alínea b) do nº 7 da cláusula 23ª do Caderno de Encargos, não existindo, ao contrário do referido pela Recorrente, qualquer violação do disposto no artigo 49.º, n.ºs 4, 8 e 9 do Código dos Contratos Públicos e do princípio da concorrência, na medida em que a exigência de certificação encontra respaldo direto e inequívoco no mencionado n.º 8, ou seja: “A menos que o objeto do contrato o justifique ...”, como sem dúvida se justifica na presente situação”*. E, bem assim, que *“está por demonstrar, e nem a Recorrente o conseguiu provar, que apenas a empresa B... podia apresentar uma proposta em condições de ser admitida”*.

Vejamos então.

17. O princípio da concorrência, ao que nesta sede importa, encontra acolhimento na Diretiva europeia 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, dispõe no artigo 18.º, n.º 1, 2.º§, que: *“Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.”*

Isto em concretização do vertido, designadamente, nos considerandos 1.º, 50.º e 74.º.

18. Na legislação nacional, o CCP, no n.º 1 do seu artigo 1.º-A, elege o princípio da concorrência como um dos princípios fundamentais aplicáveis à contratação pública. E no n.º 2 do mesmo artigo estabelece que *“as entidades adjudicantes devem adotar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente os conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de formação de contratos públicos, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento dos operadores económicos”*.

19. Também ao nível do tipo de procedimento a adotar, o legislador não deixou de consagrar para o ajuste direto que este *“só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar”* (cfr. art. 24.º, n.º 7, do CCP).

20. Como este STA recentemente teve oportunidade de explicitar, em conformidade com a Jurisprudência reiterada nesta matéria, *“o princípio da concorrência, enquanto princípio enformador do direito da contratação pública (cfr o artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP), articula-se, por um lado, com o princípio da igualdade – “concorrência-igualdade” –, no sentido de tutelar a igualdade de acesso aos mercados públicos (igualdade de oportunidades e abertura dos mercados) e a igualdade de tratamento dos particulares interessados (não discriminação e transparência); e, por outro, com uma ideia de eficiência e economicidade – “concorrência máxima” ou maximização da abertura à concorrência –, na medida em que a competição potencia mais-valias em termos de preço, de condições contratuais e de inovação (best value for money; cfr. Pedro Costa Gonçalves, Direito dos Contratos Públicos, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 127-131).*

Decerto que a concorrência também constitui um valor central do direito da concorrência, enquanto ordenamento que visa a promoção e defesa da concorrência qua tale (cfr o artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que estabelece o regime jurídico da concorrência – “RjdC”). “...”. Mas, como assinala justamente Pedro Costa Gonçalves, «o “princípio da concorrência” não cumpre a mesma intenção normativa nessas duas disciplinas. A partir de uma leitura constitucional, acentua-se num caso a nota da liberdade concorrencial e, no outro, a dimensão da igualdade concorrencial» (v. Autor cit., ibidem, p. 135). Assim:

«No direito da contratação pública, o princípio da concorrência surge como expressão concretizada da primazia da igualdade,

em concreto, como exigência, reclamada à Administração Pública, de um tratamento igualitário de todos os operadores económicos: o princípio da concorrência funciona aqui, na contratação, como um cânone ou critério normativo que adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos a todos os operadores económicos interessados (igualdade de acesso), impondo-lhe ainda a obrigação de tratar igualmente os participantes (igualdade de tratamento). Está em causa o acesso ou a entrada no mercado, e, como se compreende, o objetivo igualitário do princípio da concorrência não consiste em igualizar os concorrentes ou os seus poderes de oferta, mas apenas em igualizar as respetivas condições de participação: o cânone da igualdade, enquanto dimensão do princípio da concorrência (igualdade concorrencial), é orientado para o plano procedimental, não para o plano material ou de resultado.» (idem, ibidem)” (cfr. o ac. de 4.04.2024, proc. n.º 1053/23.9BEPRT).

21. Dúvida não existe, portanto, que o princípio da concorrência funciona, na contratação, como um cânone ou critério normativo que adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação o mais abertos possíveis a todos os operadores económicos interessados, impondo-lhe ainda a obrigação de tratar igualmente os participantes no acesso e durante o procedimento concursal de referência.

22. O princípio da concorrência é, efetivamente, uma espécie de *umbrela principle*, que conforma e enforma os restantes e confere unidade de sentido às soluções ao CCP (neste sentido, desenvolvidamente, Rui Medeiros, *Âmbito do novo regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência*, in CJA, n.º 69, 2008, pp. 3-29, p. 6).

22. Da aplicação deste princípio resultará, também, que as demais normas aplicáveis à contratação pública deverão ser interpretadas de modo a favorecer a participação nos procedimentos pré-contratuais do maior número de interessados. Como refere Ana Fernanda Neves: “[o] princípio da concorrência tutela os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos e o interesse público na contratação ótima. Postula a realização de procedimento pré-contratual, ainda que exista outra entidade adjudicante com interesse na adjudicação, cuja participação não deve distorcer a concorrência em relação aos proponentes privados. Veda restrições injustificadas e desproporcionadas à liberdade de candidatura. Implica que nenhum obstáculo ou favor, seja introduzido nas regras de um procedimento em que há vários interessados numa vantagem pública, de molde que a escolha do co-contratante resulte do confronto juridicamente correto das respetivas propostas.” (cfr. *Os Princípios da Contratação Pública*, in Estudos de Homenagem ao Professor

Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra, 2011, p. 40). 23. Isto é, para usar as palavras de Pedro Costa Gonçalves, “há um efeito direto do Princípio da Concorrência na ordem administrativa” (cfr. *Direito dos Contratos Públicos*, p.140).

23. Isto pressuposto, temos que o acórdão recorrido procedeu nesta parte, não só a uma correta sistematização das questões a decidir, como clarificou o quadro normativo aplicável – *rectius*, corrigiu a abordagem feita anteriormente pelo TAF de Penafiel –, observando o seguinte:

“Importa, em primeiro lugar, clarificar que o Tribunal a quo considera erroneamente que a exigência de certificação - dos membros da equipa a afetar à execução do contrato - na plataforma ... corresponde a um aspeto da execução do contrato submetido pelo Caderno de Encargos à concorrência e, nesse sentido, tratar-se-ia de um aspeto sujeito a avaliação (...) // Decorre do art. 42.º, n.º 3 a 5 do CCP que o caderno de encargos pode prever aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência, ou seja, aqueles sobre os quais os concorrentes são chamados a competir - os atributos da proposta -, e aspetos subtraídos à concorrência, que, portanto, não serão objeto de avaliação – os termos ou condições da proposta. // Quanto aos primeiros, o caderno de encargos pode deixar o seu preenchimento a cargo dos concorrentes (dando-lhes total liberdade para estabelecerem os atributos da proposta) ou fixar parâmetros base a que as propostas estão vinculadas (n.º 3 e 4). Quanto aos segundos, o caderno de encargos pode defini-los em termos fixos ou fechados ou definir limites máximos ou mínimos dentro dos quais os concorrentes podem apresentar soluções, embora isso não se reflita na avaliação e classificação das propostas mas apenas na sua admissão ou exclusão (art. 70.º, n.º 2) e no conteúdo da adjudicação”.

24. De igual o modo exarou-se no mesmo acórdão que:

“Como é sabido o Caderno de Encargos contém as cláusulas que definem o serviço que a entidade adjudicante pretende adquirir, o que é feito por referência às características exigidas a esse serviço, ou seja, às respetivas especificações técnicas, entendidas estas, no caso de contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços, como uma especificação constante de um documento que define as características exigidas a um produto ou a um serviço, tais como os níveis de qualidade, os níveis de desempenho ambiental e climático, a conceção que preveja todas as utilizações (incluindo a acessibilidade por parte das pessoas com deficiência) e a avaliação da conformidade, o desempenho, a utilização do produto, a segurança ou as dimensões, incluindo as prescrições aplicáveis ao produto no que se refere ao nome sob o qual é

vendido, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, os procedimentos e métodos de produção em qualquer fase do ciclo de vida do produto ou serviço e os procedimentos de avaliação da conformidade.”

(Anexo VII do CCP).

O art. 49.º do CCP, em linha com o art. 42.º da Diretiva 2014/24/EU, prevê as exigências que reveste a definição das especificações técnicas. Este normativo revela, em suma, que, como se observa no Ac. do TJUE de 25.10.2018, proferido no processo C-413/17, embora se reconheça uma ampla margem de apreciação à entidade adjudicante no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato, —justificada pelo facto de que são as entidades adjudicantes quem melhor conhece os fornecimentos de que necessita e quem está melhor posicionado para determinar os requisitos que devem estar preenchidos para obter os resultados pretendidos - , cumpre estabelecer limites que a entidade adjudicante deve respeitar, designadamente que as especificações técnicas permitam a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e que não possam criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência, e daí que se exija que as especificações técnicas deverão «ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente oferecidos pelo mesmo».

A definição das especificações técnicas deve, por isso, conter-se nos limites dos princípios da contratação pública a que se reporta o n.º 1 do artigo 1.º-A do CCP, designadamente os princípios da concorrência, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade.

A respeito destes princípios dá-se nota que o princípio da concorrência assume-se como a trave-mestra em sede de procedimentos adjudicatórios públicos, decompondo-se e projetando-se nas demais diretivas que os regem, designadamente o princípio da igualdade de tratamento”.

25. Nessa medida, o acórdão recorrido assentou como premissa essencial que o princípio da concorrência assume uma dimensão normativa prioritária e que a definição das especificações técnicas não deve desvirtuar a sua plena aplicação, de modo a assegurar-se uma concorrência efetiva.

26. Isto posto, foi entendido pelas instâncias, contudo, que o recurso a equipas com conhecimento técnico e de funcionamento da plataforma se traduzia em vantagens ao nível da disponibilização de aplicações tendencialmente mais robustas e

com maior qualidade, diagnóstico de erros e maus funcionamentos mais rápidos, melhor gestão do tempo necessário ao desenvolvimento das aplicações, ao passo que técnicos sem experiência prévia na plataforma apresentavam uma maior probabilidade de enfrentar limitações e dificuldades no desenvolvimento das tarefas propostas e com menor índice de qualidade das aplicações desenvolvidas. Mais foi considerado que a certificação na plataforma ... constituía uma forma de atestar o efetivo grau de conhecimentos.

27. Em conformidade com estes elementos foi entendido que não se afigurava desproporcional, desigual ou desconforme com o princípio da igualdade e da concorrência a exigência de que a equipa que iria prestar os serviços tivesse certificação na mesma, uma vez que tal exigência estava intrinsecamente ligada ao objeto do contrato e servia para a entidade adjudicante aferir da adequação da equipa proposta, designadamente no que respeita ao nível de conhecimentos adquiridos.

28. No plano pré-contratual, um dos corolários do princípio da concorrência é o dever de a entidade adjudicante não definir requisitos de acesso ao procedimento em termos tais que conduzam a uma limitação desproporcionada, injustificada e/ou desigual quanto ao mercado habilitado a aceder a esse procedimento.

29. Não obstante a margem de discricionariedade que se reconhece ser atribuída à entidade adjudicante no que concerne, nomeadamente, à definição dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os potenciais candidatos devem preencher, tal liberdade encontra-se limitada pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência. Ou seja, na fixação de tais exigências terão de estar presentes os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da proteção subjetiva dos potenciais concorrentes, visando assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados no procedimento.

30. Por isso, a definição dos requisitos não poderá ser feita sem conexão com o contrato que visa celebrar e – sempre - em ordem a assegurar um quadro de livre concorrência.

31. Veja-se a este propósito o acórdão deste STA de 30.03.2023, proc. n.º 1576/21.4BEPRT, onde se concluiu:

“I- Sem prejuízo da liberdade das entidades adjudicantes na estipulação das especificações técnicas, há limites que não podem ser ultrapassados, nomeadamente quando, através da excessiva pormenorização ou da natureza excessivamente restritiva das especificações técnicas estabelecidas, resulta entravada a concorrência e beneficiado determinado operador –

tudo contra o legalmente imposto, a este propósito, no art. 42º nº 2 da Diretiva 2014/24, refletido no art. 49º nº 4 do CCP (cfr. Ac.TJUE de 25/10/2018, C-413/17, “Roche Lietuva”, considerando 29 e segs.).

II- Aliás, nos casos excecionais em que apenas um operador esteja em condições de satisfazer as necessidades contratuais pretendidas, o procedimento adequado será, então, o do ajuste direto, nos termos do art. 24º nº 1 e) ii) do CCP, cumprindo à entidade adjudicante o ónus de especial fundamentação da inexistência de concorrência por motivos técnicos (nomeadamente, que “não exista alternativa ou substituto razoável” e que “a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar” – cfr. nº 7 do citado art. 24º).

III- Assim, sem se contestar a “ampla margem de apreciação das entidades adjudicantes no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato”, não podem aquelas, na sua estipulação – como, no caso dos presentes autos, resulta dos factos provados - criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente oferecidos pelo mesmo, devendo possibilitar-se, pelo contrário, a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas existentes no mercado.

32. Isto é, a criação de uma exigência, como condição de acesso ao procedimento, sem que a mesma encontre respaldo suficiente no fim visado pelo interesse público em causa que o contrato a celebrar visa prosseguir, consubstanciará uma limitação injustificada do universo dos participantes e resulta numa discriminação restritiva da concorrência.

33. Ora, no caso concreto, o procedimento concursal tinha por finalidade a aquisição de serviços para desenvolvimento de aplicações informáticas com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo Contraente Público.

34. E como provado em 5. dos factos assentes:

“De acordo com a Cláusula n.º 23 do Caderno de Encargos, com a epígrafe —Especificações Técnicas -, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, resulta abreviadamente o seguinte:

1. A execução do contrato compreende a prestação de serviços de consultoria funcional para desenvolvimento de aplicações informáticas, na modalidade de bolsa de horas, com recurso à plataforma ..., baseada no paradigma No Code, em utilização pelo Contraente Público.

2. O desenvolvimento aplicativo consiste na evolução dos módulos existentes e na criação de novos módulos, cujo prazo de implementação não é desde já antecipável e que decorre, sobretudo, da publicação de avisos e protocolos a publicar pelo Fundo Ambiental, decorrentes, designadamente, da orientação estratégica dimanada do Despacho n.º ...22, de 11 de março, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 51, de 14 de março de 2022.

3. A execução do contrato deve contemplar: análise funcional, desenho, requisitos, estimação, documentação, testes e implementação sobre a plataforma em utilização pelo Contraente Público.

4. A definição, gestão e planeamento das atividades é efetuado pelo Contraente Público.

5. O Cocontratante deve assegurar a gestão de serviço, com enfoque na gestão da equipa (alocação, férias, substituição), na satisfação do cliente e da qualidade entregue.

6. O Cocontratante deve apresentar mensalmente um relatório, com resumo do total de horas executadas, total de horas disponíveis e identificação de todas as atividades realizadas no âmbito da Bolsa de Horas: Data, Técnico, Alocação.

7. Estabelecem-se os seguintes requisitos relativamente à equipa a afetar à execução do contrato:

a) Perfil: Mínimo de 2 (dois) técnicos com a categoria de Consultor Funcional;

b) Todos os membros da equipa devem possuir certificação na plataforma referida no n.º 1, sendo que, pelo menos, um dos membros da equipa, enquanto chefe da equipa, deve possuir a certificação máxima;

c) Experiência mínima de 3 anos, seguidos, na função de Consultor Funcional. [sublinhado nosso]"

35. Por outro lado, também como provado em 37. e 38., a contrainteressada **B..., Lda.** é proprietária da plataforma, por si desenvolvida e é a única entidade que ministra formação e concede certificação relativamente à mesma plataforma.

36. Ainda observando o que ficou provado, temos, com pertinência para a economia da presente decisão, que do website da contrainteressada **B..., Lda.** resulta que a plataforma No Code: "(...) é uma ferramenta de desenvolvimento sem necessidade de programação ou de conhecimento tecnológico e, portanto, direcionada para uma audiência não técnica. Esta tecnologia permite a criação de aplicações web, muito alinhadas

com a visão do negócio, além de portais, sejam internet, extranet ou intranet. As interações na plataforma são visuais e simplificadas. Na maioria das vezes é apenas necessário usar o rato e preencher alguns campos. Além disso, com frequência há equipas de consultoria para dar assistência aos novos utilizadores durante o processo de criação. Estas características permitem que uma empresa automatize os seus processos de negócio, crie as suas aplicações e faça a gestão das suas atividades sem ter propriamente um programador na equipa. Qualquer profissional com o mínimo de conhecimento informático está apto para a utilização de uma plataforma no-code (...) [sublinhados nossos]” (cfr. o facto 16.).

37. Na verdade, os *software* No Code visam precisamente permitir a qualquer operador, mesmo sem que este detenha especiais conhecimentos informáticos, desenvolver e implementar aplicativos do zero. Tudo isso sem precisar de conhecimentos de programação, como, aliás, a própria detentora da plataforma em causa evidencia e publicita. Neste contexto, assume pertinência a conclusão da **Recorrente** de que “*uma plataforma No Code é uma plataforma que não exige o recurso a uma equipa de tecnologias de informação para que se proceda ao seu desenvolvimento, evolução e criação de aplicação (objeto do presente procedimento). Ou seja, é uma plataforma que por não ter código, pode ser customizada ou desenvolvida por qualquer pessoa ou, no limite, por qualquer técnico com ou sem certificação na plataforma em causa*”.

38. Daí que, no presente procedimento, por a plataforma ... ser No Code, a Entidade Demandada e ora **Recorrida** adotou o procedimento mais concorrencial dos previstos no CCP, porquanto não se encontrava preenchida nenhuma das subalíneas da alínea e), do artigo 24.º do CCP.

39. No entanto, certo é que a mesma Entidade Demandada estabeleceu como requisito de exclusão das propostas a necessidade de existir uma equipa certificada nessa plataforma No Code.

40. Importa, portanto, questionar o porquê de se eleger a referida certificação como necessária ao desenvolvimento do objeto do presente contrato.

41. A esta pergunta responde a **Recorrida**, no que foi sufragado pelas Instâncias, que é a entidade adjudicante que se encontra melhor preparada para avaliar se determinado requisito técnico é necessário, ou não, para responder às exigências do objeto do concurso e que a formação e certificação exigida na alínea b), do n.º 7 da cláusula 23º do Caderno de encargos é um elemento fundamental à (boa) execução do contrato, tendo, por isso, sido

adequada, proporcional e legalmente prevista pelo Caderno de Encargos.

42. Mas a justificação avançada não convence.

43. O acórdão do STA que admitiu a revista definiu precisamente como questão essencial a decidir a de saber se a aludida cláusula do caderno de encargos se traduzia – ou não - numa redução desproporcionada da concorrência por a contrainteressada “B...” ser a titular dos direitos exclusivos de produção e comercialização sobre a plataforma e a única entidade que pode conceder as certificações que foram estabelecidas como condição de acesso ao procedimento, cabendo-lhe decidir quando abre os cursos de certificação e quais os candidatos que aceita e se tal exigência se mostrava desnecessária por a plataforma No Code, não tendo código, poder ser desenvolvida por qualquer técnico informático, com ou sem certificação na plataforma.

44. Com efeito, o ponto está em que, sem se contestar a ampla margem de apreciação à entidade adjudicante no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato, não podem estas, na sua estipulação, criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência, reduzindo-a artificialmente através de requisitos que favoreçam um operador económico específico.

45. E tendo presente o objeto do contrato (v. *supra*), a certificação dos elementos da equipa técnica numa determinada plataforma No Code é uma exigência desnecessária e, portanto, desproporcionada por não se mostrar exigível. Como alegado pela **Recorrente** e é reconhecido, uma plataforma No Code tem, precisamente, a grande vantagem de poder ser desenvolvida, evoluída, mantida e personalizada sem recurso a programadores e a linhas de código. Qualquer técnico com experiência no desenvolvimento de aplicações em qualquer plataforma No Code (ou em plataformas com código) consegue executar o contrato que se pretende celebrar, porquanto, como é dito no próprio sítio na internet da Contrainteressada **B...**: “[u]ma plataforma no-code é uma ferramenta de desenvolvimento sem necessidade de programação ou de conhecimento tecnológico e, portanto, direcionada para uma audiência não técnica” (v. *supra*, 36.).

46. Onde, a exigência de os técnicos terem de possuir uma certificação concedida unicamente pela Contrainteressada **B...** não se compreende como necessária e útil para a boa execução do contrato e em última instância para a prossecução do interesse público. Poderá, aceita-se, contribuir para um mais fácil e mais imediato desenvolvimento das operações a realizar na plataforma, mas tal circunstância, por si só e configurada como uma exigência de acesso ao procedimento, não se afigura

aceitável – justificável – no caso. Não se trata de um critério de avaliação das propostas, mas sim de uma especificação técnica limitadora, à partida, do acesso ao próprio procedimento (contém um efeito discriminatório e, portanto, impeditivo do livre acesso ao procedimento adjudicatório, prejudicando, conseqüentemente, a concorrência de acesso ao procedimento).

47. Efetivamente, considerando que se trata de uma plataforma No Code, o contrato seria, em abstrato, igualmente bem executado por dois técnicos com experiência no desenvolvimento de aplicações em quaisquer outras plataformas No Code.

48. De resto, como resulta dos autos, a **Entidade Demandada** exigiu uma certificação que apenas pode ser concedida pela contrainteressada B... e não só exigiu essa certificação como, ainda, que um dos técnicos a apresentar fosse detentor de uma certificação máxima, sem que essa específica qualificação tenha fundamento suficiente face ao objeto do contrato.

49. Em suma não encontra justificação bastante a referência direta a uma determinada certificação, a título exclusivo; nem se vislumbram motivos, porque não são razoável e aprofundadamente apresentados, atinentes ao objeto do contrato, que a tornem imprescindível (o que é atestado pelo relatório pericial, cujos excertos são vertidos no probatório).

50. Aliás, embora sem daí retirar as devidas consequências, o tribunal *a quo* não deixou de dar como provado que: *“tratando-se a ... de uma plataforma No Code não será de esperar a necessidade de recurso a uma equipa de tecnologia de informação para o desenvolvimento, evolução e criação de aplicações na referida plataforma, sendo esta premissa válida para processos que possam ser automatizados e implementados diretamente com os recursos disponibilizados pela plataforma (...) // Tendo em consideração que a ... se trata de uma aplicação No Code, não é de esperar que seja obrigatório conhecimentos técnicos de programação, mas sim de conhecimento de funcionamento da plataforma No Code em utilização e dos modelos funcionais que se pretendem ver implementados, por isso a certificação na plataforma é uma das possibilidades de aferir, com maior índice de segurança, estes mesmos conhecimentos [sublinhado nosso]”* (cfr. 23 e 24 do probatório).

51. De igual passo, também na 1.^a instância se havia reconhecido que resultava do probatório que os elementos da equipa informática da Autora, demonstraram experiência relevante em desenvolvimento de software e utilização de plataformas No Code (cfr. p. 68).

52. Reitera-se que se aceita que a **Recorrida**, na sua margem de livre apreciação e de liberdade de conformação das peças

integradoras do concurso, pudesse ter concebido constituir uma mais-valia a apresentação de certificados de experiência na plataforma No Code em questão. Mas, pelo facto de corresponder a uma plataforma que pode ser desenvolvida por qualquer pessoa, sem necessidade de uma formação específica, não é conforme ao princípio da proporcionalidade prever como consequência da não apresentação de uma certificação a exclusão da respetiva proposta, com a consequente restrição da concorrência. Relembre-se que quanto mais concorrentes um procedimento tiver, maior é a probabilidade de a Administração Pública escolher a melhor proposta e celebrar o contrato com o melhor cocontratante e, assim, concretizar o interesse público que justifica o contrato.

53. Na verdade, e ainda que se compreenda, a determinação dessas exigências enquanto critérios de avaliação preferenciais, nunca poderiam os mesmos corresponder a especificações técnicas cujo não cumprimento importa a exclusão de propostas. A não ser assim, então o procedimento a adotar deveria ter sido o do ajuste direto.

54. O que vimos de afirmar está não só em sintonia com a Jurisprudência deste Supremo citada, como acolhe a Jurisprudência do TJUE, permitindo-nos aqui destacar, também os acórdãos de 25.10.2018, no processo n.º C-413/17, e de 8.02.2018, no processo n.º C-144/17.

55. No primeiro destes – processo «Roche Lietuva» UAB – escreveu-se o seguinte:

“(...) a redação do artigo 42.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24 não estabelece uma hierarquia entre os métodos de definição de especificações técnicas nem concede qualquer preferência a um desses métodos.

29. Por outro lado, resulta desta disposição que a regulamentação da União relativa às especificações técnicas reconhece uma ampla margem de apreciação à entidade adjudicante no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato.

30. Esta margem de apreciação é justificada pelo facto de que são as entidades adjudicantes quem melhor conhece os fornecimentos de que necessita e quem está melhor posicionado para determinar os requisitos que devem estar preenchidos para obter os resultados pretendidos.

31. No entanto, a Diretiva 2014/24 estabelece determinados limites que a entidade adjudicante deve respeitar.

32. Designadamente, exige-se no artigo 42.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24 que as especificações técnicas permitam a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e que não possam criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.

33. Este requisito concretiza, com vista à formulação de especificações técnicas, o princípio da igualdade de tratamento constante do artigo 18.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da referida diretiva. Segundo esta disposição, as autoridades adjudicantes devem tratar os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e devem agir de forma transparente e proporcionada.

34. Como o Tribunal de Justiça já decidiu, os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência revestem uma importância crucial no que se refere às especificações técnicas, tendo em conta os riscos de discriminação ligados quer à sua escolha quer à forma de as formular (v., no caso da Diretiva 2004/18, Acórdão de 10 de maio de 2012, Comissão/Países Baixos, C-368/10, EU:C:2012:284, n.º 62).

35. É ainda especificado no artigo 18.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 que os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da referida diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência e que esta se considera artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.

36. Na mesma ordem de ideias, o considerando 74 da Diretiva 2014/24 enuncia que as especificações técnicas deverão «ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente oferecidos pelo mesmo». Com efeito, também nos termos deste considerando, também «deverão possibilitar-se a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, das normas e das especificações técnicas existentes no mercado [...]».

37. O cumprimento destes requisitos é tanto mais importante quanto, como no caso em apreço, as especificações técnicas contidas no caderno de encargos de um contrato são formuladas de forma particularmente pormenorizada. Com efeito, quanto

mais pormenorizadas forem as especificações técnicas maior é o risco de os produtos de um dado fabricante serem privilegiados.

38. É certo que, como resulta do artigo 42.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, é possível, a título excecional, e no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos do artigo 42.º, n.º 3, dessa diretiva, fazer referência a um fabrico ou a uma proveniência determinados ou a um processo específico, que caracteriza os produtos ou os serviços prestados por um operador económico específico, ou ainda a uma marca ou a uma patente, desde que o objeto do contrato o justifique e que as condições estabelecidas para esse efeito pela Diretiva 2014/24 sejam respeitadas, nomeadamente a de essa referência ser acompanhada, nos documentos do concurso, dos termos «ou equivalente». No entanto, tendo em conta a natureza derogatória dessa disposição, as condições em que a entidade adjudicante pode utilizar essa possibilidade devem ser objeto de interpretação estrita. [sublinhados nossos]”.

56. No segundo deles - Lloyd’s of London contra Agenzia Regionale per la Protezione dell’Ambiente della Calabria -, é afirmado o seguinte:

“34. Neste contexto, é do interesse do direito da União que seja assegurada a participação mais ampla possível de proponentes num concurso público (v., neste sentido, Acórdãos de 19 de maio de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 26; de 23 de dezembro de 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, n.º 40; e de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, n.º 36)”.

57. Em suma, em obediência aos princípios da concorrência, da igualdade e da proporcionalidade – desde logo na sua vertente da exigibilidade – a inclusão de disposições no Caderno de Encargos que sejam objetivamente limitadoras do universo das propostas susceptíveis de serem apresentadas no procedimento e assim restritivas da participação dos operadores económicos interessados, como ocorre com a referência direta a uma determinada certificação a título exclusivo, só poderão encontrar justificação em elementos incontestáveis; o que, contrariamente ao que vem decidido, está longe de ser o caso.

58. Tal como consagrado no n.º 2 do art. 42.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 , relativa aos contratos públicos:

2. As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de

contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.

59. Dispondo-se no art. 18.º da mesma Diretiva, sob a epígrafe “princípios da contratação” que:

1. As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.

2- (...)

60. Também o legislador nacional transpõe essas disposições da Diretiva, como constante do art. 1.º-A e do art. 49.º, n.ºs 2 e 4, do CCP, consagrando neste último preceito que:

4 - As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não devem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.

61. De acordo com o que se vem de deixar estabelecido, considerando o objeto do contrato e o quadro normativo acabado de identificar, terá de concluir-se que as exigências vertidas no Caderno de Encargos e aqui em apreciação são ilegais.

62. Com efeito, por via da especificação técnica constante da cláusula 23.^a, n.º 7, alínea b), do Caderno de Encargos, ocorreu a violação do art. 49.º, n.ºs 2, 4 e 8 do CCP e dos princípios da concorrência, proporcionalidade e igualdade, pela restrição infundada de acesso ao procedimento – *igualdade concorrencial* -, distorcendo o mercado que se pretende o mais concorrencial possível e privilegiando um determinado operador económico.

63. Assim, tudo visto, sendo ilegal a cláusula 23.º, n.º 7, do Caderno de Encargos e inválida a decisão impugnada, concretamente de exclusão da proposta da Autora A..., **S. A.**, aqui **Recorrente**, deve ser concedido provimento ao presente recurso de revista e, em consequência, ser revogada a decisão recorrida.

64. E na medida em que, como provado *supra*, o contrato foi já celebrado e executado, devem os autos baixar à 1.^a instância para efeitos do estipulado no art. 45.º do CPTA ex vi do art. 102.º,

nº 8, do mesmo Código, reconhecido que ficou o bem fundado da pretensão da Autora e aqui **Recorrente**.

•

65. Anexa-se sumário, elaborado de acordo com o disposto no n.º 7 do artigo 663.º do CPC.

•

IV. Decisão

Pelo exposto, acordam em conferência os Juízes da Secção de Contencioso Administrativo deste Supremo Tribunal Administrativo em conceder provimento ao recurso de revista, revogar o acórdão recorrido e ordenar, na sequência da invalidade do acto impugnado, a baixa dos autos à 1.ª instância para efeitos do previsto no art. 45.º do CPTA.

Custas da responsabilidade dos **Recorridos, Fundo Ambiental** e contrainteressada **B..., Lda.**, cujo decaimento foi total, não sendo devido o pagamento da taxa de justiça nas instâncias de recurso pela **Recorrida** particular, uma vez que não contra-alegou.

Notifique.

Lisboa, 12 de setembro de 2024. – Pedro José Marchão Marques (relator) – Helena Maria Mesquita Ribeiro – Maria do Céu Rosa das Neves.