

Acórdãos STA**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo**

Processo: 01576/21.4BEPRT
Data do Acórdão: 30-03-2023
Tribunal: 1 SECÇÃO
Relator: ADRIANO CUNHA
Descritores: CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL
AQUISIÇÃO DE BENS
ESPECIFICAÇÕES DO PRODUTO

Sumário: 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.

Nº Convencional: JSTA00071707
Nº do Documento: SA12023033001576/21
Data de Entrada: 10-03-2023
Recorrente: AGERE – EMPRESA DE ÁGUAS, EFLUENTES E RESÍDUOS DE BRAGA, E.M.
Recorrido 1: A..., LDA
Votação: UNANIMIDADE
Aditamento:

 Texto Integral**Texto Integral:**

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

I – RELATÓRIO

1. “AGERE – Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, E.M.”, Entidade Demandada (Adjudicante) nos presentes autos, veio interpor recurso de revista do Acórdão proferido, em 7/12/2022, pelo Tribunal Central Administrativo Norte (cfr. fls. 1517 e segs. SITAF), que confirmou a sentença proferida, em 26/8/2022, pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto – Juízo de Contratos Públicos (cfr. fls. 1208 e segs. SITAF), a qual, reconhecendo o bem fundado do pedido principal deduzido na presente ação administrativa de contencioso pré-contratual pela Autora “**A..., Lda.**”, mas julgando que a satisfação de tal pedido se tornara impossível pela celebração e execução do contrato - pela Contrainteressada (Adjudicatária) “**B..., Lda.**” - , convidou as partes a acordarem no montante de indemnização devida pelo facto da inexecução, nos termos previstos nos arts. 45º e 45º-A do CPTA.

2. A Autora “A...” havia peticionado, na sua p.i. (cfr. fls. 7 e segs. SITAF):

*«a) Serem declarados ilegais e, por consequência, desaplicados os pontos 6.1., alínea d) e 10. do Programa do Procedimento por violação do disposto no artigo 132º, nº 4 do CCP; Por consequência,
b) Ser anulado o ato de adjudicação, por padecer dos vícios de violação de lei e o contrato, caso o mesmo, porventura, já tenha sido celebrado ou venha, entretanto, a ser celebrado; Por consequência,
c) Ser a ré condenada a readmitir a proposta apresentada pela autora, avaliando-a e graduando-a, por aplicação do critério de adjudicação, em 1º lugar; Por consequência,
d) Ser a ré condenada à prática do ato de adjudicação a favor da proposta da autora, por ser o legalmente devido e, em consequência, a celebrar com esta o contrato. Subsidiariamente.
e) Ser anulado o procedimento por as peças do mesmo (PP e CE) padecerem de vícios de violação de lei (artigo 1º-A, nº 1, artigo 49º, nº 4 e artigo 132º, nº 4 do CCP)».*

3. Na sentença de 1ª instância, do TAF/Porto (JCP), decidiu-se:

*«a. Reconhece-se o bem fundado da pretensão principal deduzida pela A., no que respeita ao pedido de anulação da deliberação do Conselho de Administração da Agere de concurso público para “Aquisição de Varredora Compacta classe 4mc descarga elevada e Serviços de Manutenção”, à anulação do contrato celebrado entre a Entidade Demandada e a Contrainteressada em 25.6.2021 tendo por objeto a aquisição da varredora urbana compacta classe 4 mc descarga elevada e serviços de manutenção e à condenação da ED a reiniciar o procedimento pré-contratual, eliminando do Programa do Procedimento as disposições contidas nas cláusulas 6.1. al. d) e 10, e a proceder à reabertura do procedimento concursal, prosseguindo com a sua normal tramitação;
b. Reconhece-se que à anulação da deliberação do Conselho de Administração da Agere de 20.5.2021 de exclusão da proposta da A. e adjudicação à proposta da B... do concurso público para “Aquisição de Varredora Compacta classe 4mc descarga elevada e Serviços de Manutenção”, à anulação do contrato celebrado entre a Entidade Demandada e a Contrainteressada em 25.6.2021 tendo por objeto a aquisição da varredora urbana compacta classe 4 mc descarga elevada e serviços de manutenção e à condenação da ED a reiniciar o procedimento pré-contratual, eliminando do Programa do Procedimento as disposições contidas nas cláusulas 6.1. al. d) e 10, e a proceder à reabertura do procedimento concursal, prosseguindo com a sua normal tramitação, obsta, em todo, a impossibilidade de reinstruir o procedimento pré-contratual, por entretanto ter sido celebrado e executado o contrato no que se reporta à componente A, parcialmente na componente B mas mostrando-se esta indissociável da primeira;
c. Reconhece-se que pelo facto referido em b., a A. tem direito a ser indemnizada; E, em consequência,
d. Convida-se as partes a acordarem no montante da indemnização devida no prazo de 30 dias».*

4. O TCAN, através do seu Acórdão, ora impugnado, confirmou este julgamento da sentença de 1ª instância, negando provimento ao recurso de apelação daquela sentença interposto pela Entidade Demandada.

5. A Entidade Demanda (Adjudicante) “AGERE”, insatisfeita com este julgamento coincidente das instâncias, **interpôs o presente recurso de revista** do Acórdão proferido pelo TCAN, **concluindo as suas alegações pela seguinte forma** (cfr. fls. 1460 e segs. SITAF):

«1ª Com o presente recurso de revista pretende a Recorrente obter uma melhor aplicação do direito, bem como obter pronúncia sobre uma questão de elevada relevância jurídica e social (o princípio da concorrência e a discricionariedade técnica da Administração).

2ª A matéria em discussão é pouco tratada pela doutrina e pela jurisprudência, mas é de inquestionável relevância jurídica e social na medida em que o princípio da concorrência, por ser basilar da contratação pública, está presente em todos os procedimentos pré-contratuais e sendo a contratação pública transversal a toda a Administração Pública é real e altamente provável a possibilidade de ser replicado noutros processos o que se discute nestes autos, razão pela qual é do interesse da comunidade em geral (em particular das entidades adjudicantes) conhecer o posicionamento do STA (pois o princípio da concorrência, no que concerne às especificações técnicas dos cadernos de encargos, contende com a discricionariedade técnica da Administração).

3ª Toda a argumentação invocada a propósito da relevância jurídica constitui fundamento para uma melhor aplicação do Direito, mas também considera a Recorrente que é necessária uma melhor aplicação do Direito porque o acórdão recorrido não ponderou diversos aspetos da alegação do recurso (a necessidade da Recorrente em adquirir um determinado equipamento com dadas características e a circunstância da Recorrida não ter apresentado qualquer equipamento ao concurso, colocando-se voluntariamente de fora do procedimento) e não analisou com a profundidade merecida e devida a questão subjudice.

4ª O presente recurso preenche os requisitos previstos no nº 1 do artigo 150º do CPTA, pelo que se encontra em condições de ser recebido na apreciação liminar sumária prevista no nº 6 do mesmo normativo.

5ª O acórdão recorrido confirmou integralmente a sentença de 1ª instância, considerando que as cláusulas 6.1 d) e 10 do programa de concurso são ilegais na medida em que obrigam aos concorrentes, em fase concursal, a apresentar um exemplar do equipamento a adquirir pela entidade adjudicante e que teria de cumprir as especificações da cláusula 18ª do caderno de encargos, cláusula esta que se considerou demasiado fechada/restritiva, ou seja, o que levou ao juízo de ilegalidade foi a amostra a apresentar ser tão específica – para cumprir coma a cláusula 18ª do caderno de encargos – que violava o princípio da concorrência.

6ª A possibilidade das entidades adjudicantes imporem aos concorrentes a apresentação de amostras está legalmente prevista, bem como as especificações técnicas estão igualmente previstas na lei, concretamente no artigo 49º do CCP.

7ª O motivo pelo qual a Recorrente escolheu um equipamento com as características enunciadas prende-se com a otimização da sua atividade (só ela é que sabe o que necessita para melhor desempenho das suas atribuições) e, tal como resulta dos factos provados 6 e 6-A, através da amostra a Recorrente consegue perceber exatamente como funciona o equipamento que pretende adquirir; no entanto, o acórdão recorrido não se deteve sobre esta questão e não valorizou a necessidade do interesse público na obtenção de um equipamento mais específico.

8ª A exigência de apresentação de amostra em fase concursal visa evitar que o funcionamento do equipamento só seja conhecido em sede de execução do contrato e deste modo defender o interesse público, mas o acórdão recorrido não se pronunciou sobre este argumento.

9ª A concorrência não pode implicar uma menor defesa do interesse público, nem uma menor exigência na gestão de dinheiros públicos e tendo a amostra servido para experimentação do equipamento (tal como decorre da factualidade provada) o seu propósito é razoável e ajustado aos objetivos da Recorrente.

10ª Entende a Recorrente que não violou o artigo 49º do CCP porque as especificações técnicas constantes do caderno de encargos são um exercício legítimo de discricionariedade administrativa no contexto da prossecução do interesse público na procura da melhor solução para a necessidade que a levou a ir ao mercado.

11ª A (i)legalidade das especificações técnicas é aferida em abstrato e não em concreto, motivo pelo qual o facto da Recorrida alegar que não conseguiu apresentar a amostra não significa que a exigência da Recorrente seja ilegal (neste sentido refere-se o acórdão do TCAN de 09.09.2016, proc. nº 00034/15.0BEAVR).

12ª Não é possível considerar a cláusula 18ª do caderno de encargos restritiva, pois todos os aspetos do equipamento foram exigidos de forma aberta e não fechada, a saber: as dimensões têm parâmetros máximos e nenhuns mínimos; a potência, a cilindrada e binário do motor têm limites mínimos e nenhuns máximos; o contentor tem medida aproximada e não fixa; o sistema de aspiração tem capacidade mínima e nenhuma máxima; o depósito de água tem capacidade aproximada e não fixa; o depósito de combustível tem dimensão mínima e nenhuma máxima e autonomia mínima e nenhuma máxima.

13ª O acórdão recorrido, reproduzindo a sentença da 1ª instância (pág. 59), acaba por se apoiar em argumentos não provados ou então que não respeitam à atividade da Recorrente para sustentar a ilegalidade das cláusulas 6.1 d) e 10 do programa de concurso, tendo-se fundamentado em razões de natureza comercial e de mercado que apenas respeitam às empresas.

14ª A Recorrente não se pode ver coartada na sua discricionariedade só porque a Recorrida não tem em stock o equipamento pretendido, que é o que resulta do facto provado 48, isto é, como a Recorrida não tinha um equipamento e teria de o pagar, concluiu-se pela ilegalidade das especificações técnicas.

15ª Dentro do conceito efetivo de um mercado livre, concorrencial, mas também agressivo e difícil, a Recorrente fixou especificações que a seu ver não colocam em causa a concorrência, razão pela qual a exigência de amostra do equipamento não viola o princípio da concorrência e ao decidir em sentido inverso o acórdão recorrido incorreu em erro de julgamento de direito, concretamente das cláusulas 6.1 d) e 10 do programa de concurso.

16ª Tendo sido julgado provado no facto 47 que a Recorrida dispunha de quatro equipamentos em stock que cumpriam algumas das especificações técnicas (mas não todas) e tendo a própria Recorrida alegado nos artigos 88 a 97 da p.i. que o seu equipamento era equivalente e que a sua proposta deveria ter sido admitida ao abrigo do artigo 49º/nº 10 do CCP, ao não apresentar a amostra a Recorrida colocou-se voluntariamente na situação de exclusão do procedimento (pois sem a amostra o júri não podia verificar se o artigo 49º/nº 10 do CCP era ou não de aplicar).

17ª Só com a apresentação da amostra e com a pronúncia do júri sobre a equivalência do equipamento é que a Recorrida podia concluir pela ilegalidade das cláusulas 6.1 d) e 10 do programa de concurso e ao rejeitar esta argumentação o acórdão recorrido incorreu em erro de julgamento de direito, concretamente do artigo 49º/nº 10 do CCP.

18ª O ato impugnado não merece censura, pois a Recorrida não entregou um documento de apresentação obrigatória e por este motivo a sua exclusão do procedimento é lícita.

TERMOS EM QUE deve o presente recurso ser julgado procedente, revogando-se o acórdão recorrido e substituindo-o por outro julgue a ação improcedente».

6. A Recorrida/Autora “A...” apresentou contra-alegações, com as seguintes conclusões (cfr. fls. 1482 e segs. SITAF):

«A) A Recorrente impugnou a sentença proferida em 26/08/2022 pelo douto Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, o qual decidiu pela procedência do pedido principal formulado pela aqui Recorrida, i.e., pela ilegalidade das cláusulas 6.1. al. d) e 10 do Programa de Concurso, e, em consequência, condenou a Recorrente no pagamento de uma indemnização à Recorrida, devida por ser impossível, na presente data, a restituição do procedimento pré-contratual;

B) Para tal, a Recorrente impugnou a decisão relativa à matéria de facto (com recurso a prova gravada) e, bem assim, a decisão relativa à matéria de direito;

C) Porém, por Acórdão datado de 07/12/2022, veio o douto Tribunal Central Administrativo Norte (doravante, TCA-N) negar provimento ao recurso interposto, por considerar que “não se descortina qualquer erro substancial que contenda com a bondade e legalidade do considerado e decidido pelo Tribunal «a quo»”;

D) Inconformada com esta decisão, a Recorrente vem interpor o presente Recurso de Revista, ao abrigo do disposto no artigo 150.º do CPTA.

E) Acontece que, para além da Recorrente levantar questões de direito que já foram doutamente respondidas pelo TCA-N no Acórdão Recorrido, padecendo de absoluta falta de razão, o presente recurso de revista é, antes de mais, inadmissível, por não cumprir os pressupostos dispostos no artigo 150.º do CPTA.

Questão prévia: da inadmissibilidade da Revista

F) Veja-se que, a Recorrente fundamenta o presente recurso excecional nos mesmos e exatos argumentos que sustentaram o seu recurso ao TCA-N, uma vez que tem por objetivo tentar reverter as decisões desfavoráveis vertidas naquele Acórdão e na Sentença proferida em sede de 1.ª instância;

G) Levantando, apenas, (duas) questões a este douto Tribunal, que se resumem a: (i) saber se a exigência da entrega de uma amostra do equipamento melhor identificado no CE violou o princípio da concorrência ou se, pelo contrário, o Acórdão Recorrido violou a discricionariedade técnica da Recorrente; (ii) saber se o Acórdão Recorrido cometeu um erro de julgamento de direito, concretamente do artigo 49.º, nº 10, do CCP, ao decidir que não era exigível à Recorrida a apresentação da sobredita amostra;

H) Ou seja, a Recorrente não questiona este douto Tribunal Superior sobre a interpretação e a aplicação do princípio da concorrência, em geral, ou sobre a interpretação que foi levada a cabo pelas instâncias inferiores quanto ao disposto no artigo 49.º, nº 10, do CCP;

I) Pretendendo, ao invés, a apreciação da motivação e a subsunção dos concretos factos que enformam este litígio às normas jurídicas elencadas;

J) O que, salvo devido respeito, não é passível de revista;

K) Uma vez que, o que a Recorrente pretende voltar a discutir é se aquelas concretas cláusulas, constantes daquele concreto Caderno de Encargos, no que diz respeito às especificações técnicas do equipamento a adquirir, são, ou não, restritivas da concorrência e direcionadas para um equipamento em específico;

L) Alegando, nesse sentido, que “analisando-se a cláusula 18.ª do caderno de encargos

não é possível considerá-la restritiva. (...) A circunstância de se colocarem limites mínimos é perfeitamente natural e justificável: a não ser deste modo poderiam concorrer equipamentos de toda a dimensão (pequenos, médios e grandes), o que não era o objetivo da Recorrente. Quanto às características que foram definidas de forma fixa, trata-se de requisitos estruturais e por isso essenciais ao funcionamento do equipamento”, discorrendo, pormenorizadamente, o que cada especificação técnica diz respeito e qual o impacto dessa especificação na escolha do equipamento – cfr. páginas 9 e 10 das alegações de recurso;

M) Ficando claro que, a pretensão da Recorrente com o presente recurso de revista é a reapreciação dos factos provados e não provados, incluindo uma reavaliação do valor probatório do próprio relatório pericial – cfr. página 10 das alegações de recurso;

N) Porquanto, só assim é passível de se concluir que “a amostra do equipamento pretendido não viola o princípio da concorrência” – cfr. página 10 das alegações de recurso.

O) O que, salvo devido respeito, não se poderá conceder.

P) Até porque, dos factos dados por provados em ambas as instâncias, designadamente dos factos 37, 38, 39, 40, 45, 46, 47 e 49 da sentença proferida pelo TAF do Porto, reproduzidos na página 24 e 25 do Acórdão Recorrido, e melhor citados nas alegações supra, resulta claro que “As especificações técnicas exigidas pelo Caderno de Encargos são de tal forma singulares e únicas (reportadas, aliás, a uma única marca/oferta operante no mercado), desprovidas da menção «ou equivalente», que a Própria Recorrente releva o facto de a Recorrida dispor de quatro equipamentos em stock que cumpriam algumas — apenas algumas — das especificações técnicas. De forma incontestada, lê-se na sentença sob recurso: «... definições técnicas que apenas correspondem a um modelo existente no mercado e que apenas se encontra ao alcance da Contrainteressada por ser o representante em Portugal da marca»” – cfr. página 42 do Acórdão Recorrido;

Q) O que, salvo melhor opinião, não pode ser reapreciado por este douto Supremo Tribunal (nesse sentido, cfr. Acórdão proferido pelo STA, em 09/12/2021, no Proc. N.º 0430/09.2BELSB), por não ser da sua competência, nos termos do disposto no artigo 150.º do CPTA, uma vez que para se extrair a conclusão que a Recorrente pretende que se extraia, sempre se teria de proceder a uma reapreciação da matéria de facto;

R) Sendo tal circunstância, também assim, demonstrativa da falta de relevância jurídica e/ou social das questões aduzidas pela Recorrente;

S) Pois a decisão a proferir não é passível de se replicar em futuros ou idênticos litígios, na medida em que é uma questão muito própria e concreta do procedimento de contratação pública sub judice;

T) Razão pela qual, apenas se poderá concluir que o presente recurso de revista, para além de não se mostrar revestido de importante relevância jurídica e/ou social, tem por objeto a apreciação de matéria de facto, pelo que não pode ser conhecido por este douto Tribunal Superior;

U) Sem prescindir, sempre se diga que a jurisprudência que tem vindo a ser firmada é consistente e não carece de qualquer “uniformização” por parte deste douto Supremo Tribunal – veja-se que o Acórdão Recorrido confirmou a sentença proferida pelo Tribunal de 1.ª instância, sem qualquer voto de vencido;

V) Tanto que, os Acórdãos aduzidos pela Recorrente (Acórdão proferido pelo STA em 13/01/2011 e Acórdão proferido pelo TCA-N em 09/09/2016) e que, alegadamente, são contraditórios com a decisão recorrida, não versam sobre as mesmas questões jurídicas que aqui são levantadas;

W) O Acórdão proferido pelo STA em 13/01/2011, citado pela Recorrente em ambas as suas alegações de recurso, tem por objetivo esclarecer se “nos concursos em que o preço é o único critério de decisão, a proposta vencedora tem de ser a que indicou o preço mais baixo ainda que o bem por ela disponibilizado para testes não cumpra uma parte significativa dos requisitos do concurso desde que os possa vir a cumprir com as correções introduzidas na fase de execução do contrato”, o que não é o caso dos presentes autos, pois a questão central deste litígio é a de saber se a amostra exigida, em concreto, no procedimento de contratação pública sub judice restringiu, ou não, a concorrência;

X) Por sua vez, o Acórdão proferido pelo TCA-N em 09/09/2016, citado pela Recorrente em ambas as suas alegações de recurso, diz respeito à interpretação do que se considera ser um equipamento “equivalente”, para efeitos do disposto no artigo 49.º do CCP;

Y) O que, salvo devido respeito, e como bem decidiu o TCA-N no Acórdão Recorrido, nem tão pouco é uma questão controvertida nos presentes autos, pois “em face da rigidez e singularidade das especificações técnicas, que não previam qualquer «equivalência», como, aliás, exige a alínea b) do nº 7 do artigo 49º do CCP, a situação não se subsume à previsão normativa do disposto no nº 10 e alínea b) do nº 7, do artigo 49º do CCP. A questão é a da possibilidade de preenchimento ou não preenchimento, pelos concorrentes nas suas propostas, das especificações técnicas que foram efetivamente exigidas e, quanto a estas, a conclusão de que a singularidade das mesmas traduz uma ofensa da concorrência, nos termos e fundamentos que a sentença recorrida bem ponderou e que a Recorrente não coloca em crise com esta alegação” – cfr. página 42 do Acórdão Recorrido.

Z) Pelo que, *inexiste qualquer inconsistência nas decisões que têm vindo a ser proferidas pela jurisprudência quanto à matéria de direito objeto dos presentes autos.*

AA) Acresce que, *não se nos afigura que as questões suscitadas pela Recorrente tenham, do ponto de vista jurídico, elevada complexidade, tanto que apenas visam a subsunção de uma determinada situação de facto ao princípio da concorrência e ao artigo 49.º do CCP.*

BB) Razão pela qual, *o presente recurso sempre deverá ser rejeitado, por não se mostra essencial para uma boa aplicação do direito, o que se requer.*

Da falta de fundamento do alegado erro de direito

CC) Quanto à primeira questão colocada, concretamente quanto à alegada violação da discricionariedade técnica da Recorrente, e sem prescindir do que supra se alegou (i.e., que o conhecimento do recurso, nesta matéria, implica uma apreciação por parte do STA de matéria de facto, o que é inadmissível), reitera-se tudo quanto foi decidido pelo TCA-N, no Acórdão Recorrido, que não merece qualquer censura – cfr. páginas 38 a 43 do Acórdão Recorrido;

DD) Acrescentando-se que, tendo em consideração o rol de factos provados (melhores transcritos na presente alegação de recurso), a decisão nunca poderia ser outra;

EE) Porquanto, as especificações técnicas exigidas pelo Caderno de Encargos são de tal forma singulares e únicas (tanto que, se reportam a uma única marca do equipamento, fornecida por um único operador no mercado português, concretamente, pela CI), que acabam por ser restritivas;

FF) Na medida em que, nenhuma amostra fornecida por um outro operador de mercado, que não fosse a CI, iria cumprir com aqueles requisitos técnicos;

GG) O que se apresenta como uma clara ofensa ao princípio da concorrência, nos exatos termos e fundamentos melhor elencados por ambas as instâncias;

HH) Posto isto, e tal como bem concluiu o douto TCA-N, não está em causa a violação, ou não, do artigo 49.º do CCP, nem tão pouco o exercício da discricionariedade administrativa da Recorrente, porquanto: “como se disse, não se vislumbra a possibilidade de uma tal apreciação, independentemente do resultado, poder restringir a sua discricionariedade técnica, questão que não se confunde com a imposição de decisão jurisdicional que, no caso concreto, impeça que, no exercício dessa discricionariedade técnica, a Recorrente possa violar a juridicidade aplicável. É que a discricionariedade técnica não consubstancia uma liberdade ilimitada e antes tem limites, internos e externos.” – cfr. Acórdão Recorrido.

II) Em boa verdade, esta alegação é, como também já se referiu supra, demonstrativa da real intenção da Recorrente com este recurso, que é a reapreciação da matéria de facto.

JJ) Devendo improceder, por absoluta falta de fundamento, o alegado pela Recorrente nas conclusões n.ºs 5 a 15.

KK) Quanto à segunda questão levantada, concretamente quanto ao alegado erro de julgamento de direito por violação do artigo 49.º, n.º 10, do CCP, sempre se diga que, também nesta parte, deverá improceder o alegado pela Recorrente;

LL) Pois que, o douto TCA-N, no douto Acórdão Recorrido, foi perentório ao decidir que: “Como tal, em face da rigidez e singularidade das especificações técnicas, que não previam qualquer «equivalência», como, aliás, exige a alínea b) do n.º 7 do artigo 49º do CCP, a situação não se subsume à previsão normativa do disposto no n.º 10 e alínea b) do n.º 7, do artigo 49º do CCP.” – cfr. Acórdão Recorrido;

MM) De facto, a Recorrente não pode, sob o pretexto verificar a conformidade dos bens a fornecer, introduzir especificações técnicas excessivamente restritivas e, dessa forma, tomar medidas discriminatórias que possam beneficiar ou prejudicar injustificada e ilegitimamente qualquer ou quaisquer interessados – cfr. Acórdão Recorrido e página 49 a 52 da sentença recorrida;

NN) Posto isto, e tendo em consideração tudo quanto foi dito, padece de absoluta razão o alegado pela Recorrente nas suas alegações de recurso, pois o TCA-N não faz uma errada interpretação do disposto no artigo 49.º do CCP;

OO) Antes integrou essa interpretação com os princípios que enformam o direito da contratação pública, designadamente o princípio da proporcionalidade e da concorrência, insitos no artigo 1.º-A, n.º 1, e artigo 132.º, n.º 4, do CCP.

PP) E sempre se diga que, não foi a Recorrida a única prejudicada com esta restrição, mas sim todos os operadores de mercado, representantes de outras marcas que não a ...;

QQ) Pois que, o CE não estabeleceu exigências mínimas e máximas do bem a fornecer para todas as suas características técnicas, claramente identificando várias características que apenas a varredora do modelo ..., comercializada apenas pela CI, consegue cumprir;

RR) E mais se acrescente, ao contrário do que a Recorrente parece fazer crer, que não está em discussão nos presentes autos o facto de o equipamento da aqui Recorrida ser, ou não, equivalente, mas tão somente o facto de a as cláusulas 6.1, d), e 10 do Programa de Concurso violarem, de forma ostensiva, o princípio da proporcionalidade e da concorrência, insitos no artigo 1.º-A, n.º 1, e artigo 132.º, n.º 4, do CCP;

SS) Sendo a obrigação de apresentação de uma amostra, com as condições técnicas definidas na cláusula 18.ª do CE, absolutamente desproporcional, desrazoável e, ainda, desnecessária, tendo como único objetivo a restrição da concorrência;

TT) E, muito menos, pode a Recorrente vir alegar que o custo do equipamento não é

elevado, e que, nesse sentido, a produção contra encomenda não é argumento a considerar no juízo de desproporcionalidade e desrazoabilidade formulado, quanto é a própria Recorrente que se alicerça nesse mesmo custo para justificar a sua alegada “discricionariedade técnica” ao exigir uma amostra aos concorrentes;
UU) Argumentos que foram devidamente apreciados pelo douto TCA-N, no Acórdão Recorrido, que não merece qualquer censura;
VV) Razão pela qual, sempre deverá improceder, por absoluta falta de fundamento, tudo quanto alegado pela Recorrente.
WW) Por consequência, deverá o presente recurso ser julgado totalmente improcedente, decidindo-se pela manutenção do Acórdão Recorrido.

Nestes termos e nos demais de Direito, com o sempre mui douto suprimento de V.Exas., deverá o presente recurso ser julgado totalmente improcedente (em conformidade com as antecedentes conclusões) e, em consequência, decidir-se pela manutenção do Acórdão Recorrido».

7. O presente recurso de revista foi admitido pelo Acórdão de 16/2/2023 (cfr. fls. 1517 e segs. SITAF) proferido pela formação de apreciação preliminar deste STA, prevista no nº 6 do art. 150º do CPTA, designadamente nos seguintes termos:

«(...) A Entidade Demandada recorre de revista (...) alegando, em síntese, que o mesmo incorreu em erro de julgamento ao considerar que as cláusulas 6.1 d) e 10 do Programa do Procedimento são ilegais, na medida em que obrigam os concorrentes em fase concursal, a apresentar um exemplar do equipamento a adquirir pela entidade adjudicante e que teria de cumprir as especificações da cláusula 18ª do caderno de encargos, cláusula esta que se considerou demasiado fechada/restritiva, levando ao juízo de ilegalidade, por a amostra a apresentar ser tão específica (para cumprir aquela cláusula 18ª) que violava o princípio da concorrência. Alega que o art. 49º do CCP prevê a possibilidade das entidades adjudicantes imporem aos concorrentes a apresentação de amostras, bem como as especificações técnicas, não tendo este preceito sido violado pela Recorrente, porque as especificações técnicas constantes das peças concursais são um exercício legítimo de discricionariedade administrativa no contexto da prossecução do interesse público na procura da melhor solução para a necessidade que a levou ao mercado. Pese embora a concordância das instâncias sobre a ilegalidade das cláusulas 6.1 d) e 10 do programa do concurso, por porem em causa a concorrência, sendo violadores do princípio da concorrência previsto no art. 1º-A do CCP (segundo as instâncias), a presente revista deve ser admitida.
Efetivamente, trata-se de interpretação que envolve dificuldades óbvias e dita consequências práticas relevantes no âmbito dos concursos públicos, podendo, assim, ser repetível, tanto administrativamente, como em sede judicial, sendo que este Supremo Tribunal não tem tido particular oportunidade de se pronunciar sobre esta problemática (o que fez no ac. de 13.01.2011, Proc. nº 839/10, indicado pela Recorrente), pelo que se justifica a admissão da revista para uma melhor dilucidação de assuntos de natureza similar».

8. A Exmo. Magistrada do Ministério Público junto deste STA, conquanto notificada nos termos e para os efeitos do disposto no art. 146º nº 1 do CPTA (cfr. fls. 1526 SITAF), não emitiu parecer.

9. Sem vistos prévios, atenta a natureza urgente do processo - art. 36º nºs 1 c) e 2 do CPTA -, o processo vem submetido à Conferência, cumprindo apreciar e decidir.

*

II - DAS QUESTÕES A DECIDIR

10. Constitui objeto dos presentes recursos de revista, atentas as alegações das Recorrentes e, especificamente, as respetivas conclusões, apreciar e decidir se o Acórdão do TCAN recorrido procedeu a um correto julgamento do recurso de apelação interposto, ao julgar, em confirmação da decisão de 1ª instância do TAF/Porto, o bem fundado do pedido principal deduzido pela Autora quanto à invalidade do ato administrativo impugnado, consistente na exclusão da sua candidatura no âmbito do concurso público em causa nos autos, lançado pela ora Recorrente (Entidade Demandada, Adjudicante), o qual se fundamentara no incumprimento de cláusulas do Programa do Concurso - cláusulas 6.1.d) e 10, exigindo a disponibilização, até à data limite para apresentação das propostas, de um exemplar-amostra do equipamento pretendido adquirir (Varredora compacta) –, previsão que foi considerada “desproporcional e violadora da concorrência (cfr. nº 1 do artigo 1º-A e nº 4 do artigo 132º, in fine, do CCP), sendo por isso inválidas”, tendo em conta as especificações técnicas estipuladas na cláusula 18ª do Caderno de Encargos.

*

III - FUNDAMENTAÇÃO

III. A – FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

11. As instâncias estabeleceram os seguintes factos que entenderam relevantes para a decisão da causa, sendo de notar que o TCAN, no seu Acórdão, ora recorrido, alterou a matéria de facto dada como provada pelo TAF/Porto apenas em dois pontos:

- eliminou o facto nº 35 (*«o qual, de tão genérico e desprovido de concreta utilidade para o conhecimento da causa, deve ser eliminado e assim se decide»*); e
- aditou o facto nº 6-A, com o seguinte teor: *“A análise e vistoria referidas no facto 6. implicaram ainda a utilização do equipamento, a cargo de trabalhadores da Agere, sob a observação da testemunha AA, tendo a varredora sido testada quanto à aspiração e baldeamento, simulando várias tipologias de resíduos”*.

«1. Por deliberação de 13.11.2020 do Conselho de Administração da Agere foi aberto o concurso público para *“Aquisição de Varredora Compacta classe 4mc descarga elevada e Serviços de Manutenção”*. - fls. 1 e ss. do p.a.

2. Do Programa de Procedimento consta, no que aos autos releva,

1. IDENTIFICAÇÃO DO CONCURSO

1.1 *O presente Programa do Procedimento define os termos que regem a fase pré-contratual para celebração do contrato denominado Aquisição de Varredora Urbana Compacta classe 4 mc descarga elevada e Serviços de Manutenção.*

1.2 *Este Procedimento tem duas componentes: Componente A - Varredora Urbana Compacta classe 4 mc descarga elevada e Componente B - Serviços de manutenção, pelo prazo de 8 anos, para a Varredora que constitui a componente A.*

[...]

2. PREÇO BASE E PRAZO DE EXECUÇÃO

2.1 *O contrato vigorará pelo prazo máximo de 120 dias, contados a partir da assinatura do contrato*

2.2 *O Preço Base do procedimento é de 167 254,40 € (cento e sessenta e sete mil, duzentos e cinquenta e quatro euros e quarenta centésimos) sendo 140 000,00 € (cento e quarenta mil euros), não incluindo o IVA, para a Componente A e de 27 254,40 € (vinte e sete mil, duzentos e cinquenta e quatro euros), não incluindo o IVA, para a Componente B.*

[...]

6. DOCUMENTOS DA PROPOSTA

6.1 *A proposta é constituída pelos seguintes documentos:*

- a) *Declaração do Concorrente de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I ao CCP (ANEXO II);*
- b) *Proposta de preço, elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo III a este Programa;*
- c) *Memória descritiva do equipamento proposto;*
- d) *Comprovativo (recibo) de entrega do exemplar do equipamento (Ponto 10º deste Programa de Procedimento);*
- e) *Certificado de que a Empresa tem a norma ISO 9001:2015 no âmbito de assistência técnica a equipamentos de limpeza urbana*

[...]

10. EXEMPLAR DE EQUIPAMENTOS

10.1 *- O Candidato disponibilizará um exemplar da Componente A a fim de se verificar a sua compatibilidade com o Caderno de Encargos.*

10.2 *- O exemplar do equipamento deverá ser entregue na seguinte morada: Centro de Exploração da AGERE EM, Rua da Depuradora - BRAGA. Telefone nº 253 205 000, fax nº 253 205 075, até à data limite fixada para apresentação das Propostas.*

10.3 *- Os equipamentos deverão ser entregues, no local indicado, mediante recibo. Uma cópia deste documento deverá integrar os documentos da proposta*

[...]

13. CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

13.1 *A adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, determinada por uma das seguintes modalidades:*

13.2 *Melhor relação qualidade-preço, na qual o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar;*

13.3 *A Classificação Final é a Seguinte:*

$$CF = 0,5 * CP + 0,5 * CPrazo$$

Onde: CF = Classificação Final

CP= Classificação Preço Total

Cprazo = Classificação Prazo de entrega da Componente A

A CF é calculada da seguinte Forma:

[IMAGEM]

A CPrazo é calculada:

[IMAGEM]

Nas situações em que se ordene em primeiro lugar mais do que uma proposta, os critérios de desempate são os seguintes:

1. O que apresentar o Prazo mais baixo
2. Realizar-se-á um sorteio para desempate daquelas, a promover pelo júri do procedimento, na presença dos representantes de todos os concorrentes, que serão notificados, via correio eletrónico, para a sessão de sorteio com uma antecedência mínima de 2 (dois) dias. O Júri elaborará a ata respetiva que documentará os trabalhos realizados na dita sessão e os resultados do sorteio, ficando apenas ao processo de contratação e que será divulgada por todos os concorrentes

[...]

16. EXCLUSÃO DE PROPOSTAS

16.1 São excluídas as propostas que se enquadrem nas situações previstas nas alíneas do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

[...]

- fls. 5 e ss. do p.a.

3. Consta do Caderno de Encargos, com relevância aos autos,

Capítulo I - Disposições gerais

Cláusula 1.ª

Objeto

1. O presente Caderno de Encargos compreende as cláusulas a incluir no contrato a celebrar na sequência do procedimento pré-contratual que tem por objeto o Fornecimento de uma Varredora Urbana Compacta classe 4 mc descarga elevada, incluindo os Serviços de Manutenção, este procedimento tem duas componentes:

Componente A - Varredora Urbana Compacta classe 4 mc descarga elevada.

Componente B - Serviços de manutenção, pelo prazo de 8 anos, para a Varredora que constitui a componente A.

2. O presente procedimento concursal não será dividido por lotes uma vez que existe uma relação indissociável entre as duas componentes a contratar que se deve à conexão funcional entre as mesmas. Deste modo o objeto contratual deste procedimento revela-se técnica e funcionalmente indivisível.

[...]

Cláusula 3.ª

Prazo

1. Para a Componente A o contrato mantém-se em vigor pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias após a celebração do contrato escrito para a entrega do bem a adquirir em conformidade com os respetivos termos e condições e o disposto na lei, sem prejuízo das obrigações acessórias que devam perdurar para além da cessação do Contrato.

2. Para a Componente B o contrato mantém-se em vigor pelo prazo de 8 (oito) anos.

[...]

Cláusula 6.ª

Prazo de Prestação do Fornecimento (Componente A)

O Adjudicatário obriga-se a fornecer o bem no prazo apresentado na proposta e não poderá ultrapassar o máximo de 120 (cento e vinte) dias seguidos a contar da celebração do contrato escrito.

[...]

Cláusula 10.ª

Condições de Pagamento

1. Componente A

a. Os valores devidos serão pagos por contrato de leasing no prazo máximo de 60 dias após a receção pela AGERE EM do Equipamento

b. Para os efeitos do número anterior, a obrigação do adjudicatário vence com a entrega do bem.

c. Em caso de discordância por parte da AGERE EM, quanto aos valores indicados nas faturas, deve este comunicar ao adjudicatário, por escrito, os respetivos fundamentos, ficando o mesmo obrigado a prestar os esclarecimentos necessários ou proceder à emissão de nova fatura corrigida.

2. Componente B

a. Os pagamentos serão efetuados em prestações fixas mensais (o valor estimado mensal é de 167 horas de laboração da varredora), de acordo com a remuneração acordada, devidamente confirmados pela entidade adjudicante, no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da data da receção das respetivas faturas.

b. Cada fatura será enviada à entidade adjudicante após o final do mês a que respeita.

[...]

Capítulo II - Cláusulas Técnicas**Cláusula 18ª**

Características técnicas da Varredora Urbana Compacta classe 4 mc descarga elevada.

Dimensões

A varredora completa deve respeitar os seguintes parâmetros máximos:

Largura incluindo espelhos retrovisores: 2300 mm Altura incluindo faróis rotativos: 2550

mm Comprimento incluindo 3a escova frontal: 5600 mm Distância entre eixos: 1950 mm

Motor

Diesel, turbo intercooler com 4 cilindros

Potência igual ou superior a 118kw/160hp

Cilindrada igual ou superior a 4500 cc

Binário igual ou superior a 580 Nm às 1250-1940 rpm

Norma ambiental Euro 6C

Transmissão e tração hidroestáticas

Tração no eixo traseiro com motores hidráulicos independentes Velocidade: em

deslocação de 50km/h: em trabalho de 0 a 20 km/h

Cabine

Estrutura em aço e vidro panorâmico

Vidro no pavimento para visualização da zona de aspiração

Protocolo de comunicação CANbus

2 lugares. Assento do operador com suspensão e regulação

Aquecimento, ventilação e ar condicionado

Monitor a cores da câmara de vídeo auxiliar de manobras

Porta com sensor de segurança CE (imobilização e paragem das escovas).

Contentor

Contentor em aço inoxidável com aproximadamente 3,7 m³/5240kgs

Descarga elevada de 0,86 a 1,55 m por placa ejetora com comando remoto para controle da operação. Não são aceites soluções com descarga em altura por basculamento ou outras que não permitam o controlo e suspensão de descarga dos resíduos sempre que necessário.

Câmara de vídeo auxiliar de manobras à retaguarda.

Sistema de aspiração

Turbina de eixo vertical em liga de alumínio. Capacidade mínima de aspiração de

14.000m³/h Acionamento hidráulico. A saída do ar de expansão da turbina deve efetuar-se para trás

Escovas

Duas escovas laterais, diâmetro 750mm em aço com comando por joystick, com

possibilidade de trabalho em conjunto e independente uma da outra. Regulação do angulo de varredura da escova direita a partir do interior da cabina.

Não são aceites soluções com recurso a escovas de rolo.

Depósitos de água e controle de poeiras

Capacidade total aproximada de 600 litros.

Bomba centrífuga e jatos localizados sobre as escovas, aspirador e tubo de aspiração.

Depósito de combustível não inferior a 110 litros devendo permitir uma autonomia de operação não inferior a 10 horas

Iluminação

Para além da iluminação rodoviária obrigatória, conforme Código de Estradas, a varredora deverá possuir dois faróis rotativos ou estroboscópicos para veículos em marcha lenta, dois faróis sobre as escovas (um à esquerda e outro à direita) e outro sobre o aspirador.

Travões

De disco ventilados à frente e de tambor nas rodas traseiras.

Suspensão

Independente.

Dianteira hidropneumática

Traseira de molas

A partir do interior da cabine, por comando instalado no painel, deve ser possível elevar a suspensão dianteira, de forma a facilitar a transposição de desníveis, e manter a pressão das escovas ao solo constante, consoante a varredora vá a subir ou a descer, com ou sem carga.

Rodado traseiro duplo

Cor branco

Acessórios

- *Mangote de aspiração*
 - *Bomba de alta pressão, 10 metros de mangueira com enrolador automático em aço inox*
 - *3ª escova frontal com possibilidade para trabalhar à esquerda e à direita e capacidade para corte de ervas, equipada com escova para o efeito*
- fls. 20 e ss. do p.a.

4. O Concurso foi publicitado no Diário da República 2.ª Série n.º 229 de 24.11.2020. - fls.31 e ss. do p.a.

5. Em 2.12.2020 a B... entregou nas instalações da Agere o equipamento correspondente a uma varredora urbana ... 5series CD com o chassis - doc. ... junto à contestação da contrainteressada, depoimento de AA.

6. Em 3.12.2020 a Agere procedeu à análise e vistoria da varredora apresentada, elaborando relatório nos seguintes termos,

[IMAGEM]

- doc. Relatório de análise de equipamento de demonstração (769222) constante do SITAF, depoimento de AA.

6-A. A análise e vistoria referidas no facto 6. implicaram ainda a utilização do equipamento, a cargo de trabalhadores da Agere, sob a observação da testemunha AA, tendo a varredora sido testada quanto à aspiração e baldeamento, simulando várias tipologias de resíduos.

- facto nº 6-A aditado pelo Ac.TCAN ora recorrido.

7. A B... apresentou proposta que se mostra integrada, além do mais, pelos seguintes documentos,

a. Proposta ref 1072/2020, da qual se extrai,

[IMAGEM]

b. Memória descritiva, com o seguinte teor,

Memória Descritiva

Tipo: AutoVarredora

Marca: ...

Modelo: 5 iSeries CD

Cor: branco e outras

Medidas

Largura incluindo espelhos retrovisores: 2280 mm

Altura incluindo faróis rotativos: 2510 mm

Comprimento incluindo 3ª escova frontal: 5425 mm

Distância entre eixos: 1916 mm

Motor diesel

Iveco turbo intercooler "Common Rail"

Norma: Euro 6C

Binário: 580 Nm às 1250-1940 rpm

Nº cilindros: 4

Combustível: gasóleo

Potência: 118 kw/160 hp

Cilindrada: 4500 cm3

Depósito de combustível: 120 litros (autonomia mínima de 10 horas)

Transmissão

Transmissão hidrostática no eixo traseiro de velocidade variável

Velocidade máxima de deslocamento de 50 km/h.

Velocidade em trabalho de 0-20 km/h.

Tração

Tração hidrostática por motores hidráulicos independentes às rodas traseiras com cubos redutores

Cabina

A cabina fechada possui estrutura em aço e vidro panorâmico de excelente visibilidade, convenientemente insonorizada, e está equipada com aquecimento, ventilação forçada para aquecimento e ar condicionado automático.

Características exteriores

- *Cabina com suspensão, com amplas superfícies vidradas, com janelas de abertura parcial e vidros atérmicos*
- *Porta com sensor de segurança CE (imobilização e paragem das escovas)*
- *Espelhos retrovisores exteriores amplos e espelhos auxiliares laterais sobre as portas*

Características interiores

- *Lotação: 2 lugares*
- *Posto de condução colocado do lado da berma (à direita da cabina), com punho no volante*
- *Coluna da direção ajustável*
- *Assento ajustável, com suspensão pneumática, regulação sensível ao peso*
- *Rádio e respetivas colunas*
- *Vidro no pavimento para visualização da zona de aspiração*
- *Comandos lógicos de fácil operação*
- *Janela de acesso ao tubo longo de aspiração, sempre que seja necessário proceder a desobstruções ou intervenções*
- *Monitor da câmara de vídeo auxiliar de manobras, montada na traseira da máquina na zona superior da porta do contentor*
- *Consola de diagnóstico, informações diversas e configuração, através de sistema “canbus”, com monitor digital incorporado. Instrumentos de controlo e monitorização, tais como: conta-rotações do motor, conta-horas de funcionamento do motor e do sistema de varredura, voltímetro, manómetro indicador de pressão do óleo do motor, temperatura do líquido de refrigeração, nível do depósito de combustível, nível do depósito da água, velocidade de rotação das escovas, indicador de depósito de água vazio com bomba ligada, travão de parque acionado, temperatura excessiva do óleo hidráulico, indicações de direção, abertura da porta do contentor e descarga dos resíduos, distância percorrida e diagnóstico de funcionamento (computador de bordo).*

Contentor de resíduos

O equipamento possui um contentor em aço inoxidável com capacidade de 3,7 m³/ 5240 kg.

A descarga dos resíduos é elevada, efetuada por placa ejetora, que possibilita interrupção da descarga sempre que se revele necessário, assim como controlo da velocidade de saída dos resíduos. O contentor eleva-se de 0,86 a 1,55 m. As operações de comando do contentor são efetuadas através de comando remoto.

Câmara de vídeo auxiliar de manobras à retaguarda.

Sistema de aspiração (turbina)

A turbina em liga de alumínio, de acionamento hidráulico, é de eixo vertical e possui um caudal de 14.000 m³/h. A saída do ar efetua-se para trás, pela parte inferior da porta do contentor.

A turbina inclui sistema de limpeza por jato de água.

Escovas

A varredora permite varredura simultânea à esquerda e à direita e está equipada com duas escovas laterais de eixo vertical, em aço, com o diâmetro de 750 mm. As escovas estão colocadas à frente do eixo dianteiro e são ajustáveis às superfícies a varrer, permitindo a varredura tanto à esquerda, como à direita. As escovas podem trabalhar em simultâneo, ou independentes uma da outra, sendo possível trabalhar unicamente com a escova do lado direito.

O sistema de regulação de pressão das escovas da ... é automático. As escovas são montadas em braços independentes com suspensão e adaptam-se às irregularidades do pavimento. O sistema ajusta automaticamente a pressão conforme o desgaste e a suspensão hidropneumática no eixo dianteiro confere à ... a particularidade de varrer com a mesma pressão sobre o pavimento, consoante vá carregada ou vazia, a operar a subir ou a descer.

É ainda possível regular o ângulo de varredura da escova do lado direito a partir da cabina. As escovas podem ser facilmente deslocadas para a esquerda e para a direita, através de comando/joystick localizado dentro da cabina imediatamente a seguir ao apoio do braço direito, para facilitar o contorno dos diversos obstáculos. O joystick permite também subir e descer as escovas.

Na cabina existe também comando de regulação da rotação das escovas.

Para além das duas escovas laterais, a varredora está também equipada com uma terceira escova frontal com ajuste hidráulico do ângulo de inclinação a partir da cabina, com movimento à esquerda e à direita e ação a 180°. Esta escova é em aço.

Controlo de poeiras

A varredora está equipada com bomba centrífuga e dispositivos de aspersão de água e filtros de modo a evitar poeiras durante a varredura. Esses dispositivos de aspersão estão localizados sobre as escovas, incluindo a terceira escova frontal, e dentro do aspirador e tubo de aspiração.

A capacidade dos depósitos da água é de 600 litros.

Iluminação

- *Sistema completo de luzes de estrada, tipo automóvel.*

- *Projetores de luz sobre a zona de operação das escovas e aspirador*
- *Duas luzes sinalizadoras de veículo em marcha lenta (faróis estroboscópicos) de cor amarela (âmbar), um à frente na cabine e outro atrás no contentor*

Travões

[IMAGEM]

Suspensão

Independente às 4 rodas.

Hidropneumática no eixo dianteiro. Um interruptor na cabine permite a elevação da parte dianteira, facilitando passagem sobre lombas ou subida de passeios. A reposição do nível faz-se de forma automática.

A suspensão traseira é do tipo molas de lâminas de torção. A combinação da suspensão hidropneumática com a suspensão de molas de torção faz com que a pressão das escovas sobre o solo seja constante, quer a máquina opere vazia ou carregada, a subir ou a descer.

Direção

Assistida hidraulicamente às duas rodas dianteiras.

Equipamento

Rodado traseiro duplo

Mangote de aspiração montado de diâmetro 200 mm com suporte

Bomba de alta pressão 15 lt/min - 150 bar, enrolador automático em aço inox com 10 metros de mangueira R2 e pistola

Terceira escova de instalação frontal para trabalhar à esquerda e à direita, utilizável em varredura ou corte de ervas.

c. Comprovativo, emitido pela Agere, com o seguinte teor,

[IMAGEM]

d. Fichas técnica da varredora ... 5 iseries, cujo teor aqui se dá por reproduzido;

e. Proposta Serviços de Manutenção;

- fls. 35 e ss. do p.a.

8. A A... apresentou proposta, instruindo-a com os seguintes documentos,

a. Declaração Anexo I;

b. Anexo III,

[IMAGEM]

c. Declaração de garantia;

d. Declaração alínea c) do ponto 6 do Programa do Procedimento, com o seguinte teor, A A..., Lda., considera que as características técnicas da Varredora Urbana Compacta, definidas na cláusula 18ª do Caderno de Encargos, são ilegais, designadamente, por violação do artigo 49.º, n.º 4, do CCP.

Sem prejuízo do exposto e do que se dirá mais adiante, o equipamento proposto cumpre com todas as características técnicas, com exceção das seguintes:

a) Diesel Turbo Intercooler de 4 cilindros;

b) Cilindrada igual ou superior a 4500cc;

c) Binário igual ou superior a 580 Nm às 1250 - 1940 rpm;

d) Tração no eixo traseiro com motores hidráulicos independentes;

e) Contentor: em aço Inoxidável com aproximadamente 3,7m³ / 5240Kgs;

f) Depósito de combustível não inferior a 110 litros;

g) Suspensão: Dianteira Hidropneumática;

h) A partir do interior da cabine, por comando instalado no painel ser possível elevar a suspensão dianteira, de forma a facilitar a transposição de desníveis;

Não obstante, e conforme resulta da Memória Descritiva, o equipamento proposto corresponde ao desempenho e cumpre as exigências funcionais pretendidas, satisfazendo as referidas características técnicas de forma equivalente.

Sem prejuízo do que resulta da Memória Descritiva do equipamento proposto, esclarece-se o seguinte:

1) Características técnicas referidas acima em a), d) e g):

a. O equipamento proposto corresponde integralmente ao desempenho pretendido e cumpre as exigências funcionais pretendidas, mas através de tecnologia diferente e sem que isso represente qualquer prejuízo e/ou afete o desempenho e as exigências funcionais pretendidas;

2) Cilindrada igual ou superior a 4500cc:

a. O equipamento proposto tem uma cilindrada de 4455cc., ou seja, uma diferença, para menos, de apenas 45cc;

b. A referida diferença não representa qualquer prejuízo, nem afeta o desempenho e as exigências funcionais pretendidas, tanto mais que a cilindrada não está intrinsecamente ligada ao desempenho dos motores;

3) Binário igual ou superior a 580 Nm às 1250 - 1940 rpm;

a. O equipamento proposto liberta 500Nm às 1400 rpm;

b. Contudo, como se trata de uma máquina de transmissão hidrostática, este fator perde toda a relevância, uma vez que a eficiência do circuito hidráulico é que será fundamental para a avaliação do desempenho da máquina, pelo que a referida diferença não representa qualquer prejuízo, nem afeta o desempenho e as exigências funcionais pretendidas.

4) Contentor: em aço Inoxidável com aproximadamente 3,7m³ / 5240Kgs:

a. O contentor do equipamento, com revestimento interno em aço inoxidável, tem capacidade de 4m³/5600 kg. Ou seja, o equipamento proposto tem uma maior capacidade de carga do que a definida no Caderno de Encargos, o que, por si, representa uma mais-valia e sem que implique qualquer prejuízo e/ou afete o desempenho e as exigências funcionais pretendidas;

5) Depósito de combustível não inferior a 110 litros:

a. O depósito do equipamento proposto tem a capacidade de 95 litros, o qual é mais do que suficiente para o respetivo tipo de utilização, sem que seja necessário interromper o trabalho para ter de fazer um abastecimento;

b. Aliás, o equipamento proposto tem uma autonomia superior a 10 horas.

6) A partir do interior da cabine, por comando instalado no painel ser possível elevar a suspensão dianteira, de forma a facilitar a transposição de desníveis:

a. O equipamento proposto desempenha a função pretendida, visto que a partir do interior da cabine, é possível acionar botão, localizado no interior dessa mesma cabine, que eleva o conjunto de aspiração e depois repõe o sistema na posição inicial, facilitando a transposição de disponíveis.

e. Declaração alínea d) do ponto 6 do Programa do Procedimento com o seguinte teor, A A..., Lda., tendo em conta o objeto do procedimento e, em particular, as características técnicas da Varredora Urbana Compacta definidas na cláusula 18ª do Caderno de Encargos, considera que a exigência, constante do ponto 10 do Programa de Procedimento, de disponibilizar um exemplar da Componente A, é ilegal, designadamente, por violação dos princípios da proporcionalidade e da concorrência.

f. Declaração de assistência técnica;

g. Declaração de formação;

h. Catálogo e memória descritiva da varredora Schmidt CG500 euro 6, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

i. Proposta, com o seguinte teor,

[IMAGEM]

- fls. 64 e ss. do p.a.

9. Em 25.3.2021 o júri elaborou relatório preliminar do qual se extrai,

[IMAGEM]

- fls. 122 e ss. do p.a.

10. AA... pronunciou-se, em sede de audiência prévia, ao relatório preliminar. – fls. 127 e ss. do p.a.

11. Em 11.5.2021 o júri elaborou o relatório final nos seguintes termos,

[IMAGEM]

- fls. 133 e ss. do p.a.

12. Em reunião do Conselho de Administração da Agere de 20.5.2021 foi aprovado o relatório final e a proposta de adjudicação à B.... – fls. 133 do p.a.

13. Em 25.6.2021 foi celebrado entre a Agere e a B... o contrato tendo por objeto a aquisição da varredora urbana compacta classe 4 mc descarga elevada e serviços de manutenção. – fls. 153 e ss. do p.a.

14. Em 21.9.2021 o adjudicatário entregou à ED o equipamento correspondente à varredora ... 5series CD com a matrícula ...-JV e chassis n.º – doc. 1 do requerimento n.º 759308 constante do SITAF e doc.

Auto de receção definitiva (769222) constante do SITAF, depoimentos de AA e BB.

15. Nessa data a ED realizou análise do equipamento entregue pela CI, emitindo relatório nos seguintes termos,

[*IMAGEM*]

- doc. Auto de receção definitiva (769222) constante do SITAF, depoimento de AA.

16. Foi efetuado o pagamento à CI da varredora no âmbito de contrato de leasing celebrado pela Agere com o Banco 1.... - doc. 1 do requerimento n.º 759308 constante do SITAF.

17. A Agere tem vindo a utilizar a varredora entregue pela CI na sua atividade. - conforme depoimento de parte de CC.

18. A B... tem vindo a prestar os serviços de manutenção da varredora, objeto do Contrato, desde 5.11.2021. – docs. 2 e 3 do do requerimento n.º 759308 constante do SITAF, depoimentos de AA e BB.

Mais se provou que,

19. Os motores de combustão interna nas varredoras compactas são, em geral, de quatro ou seis cilindros, sendo os mais comuns de quatro cilindros. – cfr. relatório pericial.

20. Um motor de quatro cilindros mostra-se, comparativamente com um de seis cilindros, menos equilibrado e introduz vibrações indesejadas para o funcionamento de uma varredora compacta. – cfr. relatório pericial.

21. Em termos gerais os motores de maior cilindrada debitam mais potência, mas apenas se a diferença for superior a 10%, sendo irrelevantes diferenças de cilindrada inferiores a 5%. – cfr. relatório pericial.

22. Quanto maior for o binário de um veículo mais lentamente o motor pode girar, diminuindo o consumo, desgaste, ruído e vibrações. – cfr. relatório pericial.

23. Num veículo pesado um binário elevado a baixas rotações é fundamental para circular (acelerar) com cargas elevadas, especialmente no seu arranque. – cfr. relatório pericial.

24. No caso de máquinas equipadas com transmissões hidrostáticas um binário elevado não se assume como tão importante, dado que não existe embraiagem. – cfr. relatório pericial.

25. Uma diferença de binário de 14% apenas será relevante se os acessórios e mecanismos forem menos eficientes. – cfr. relatório pericial.

26. Numa varredora compacta, que opera a velocidades reduzidas com constantes paragens e arranques, mostra-se adequada a transmissão hidroestática porque permite uma operação mais simples e suave, – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

27. Não sendo adequada a transmissão mecânica clássica com embraiagem e caixa de velocidades. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

28. A tração das rodas traseiras mostra-se como adequada ao tipo de equipamento a adquirir no âmbito do Concurso, sendo a tração às quatro rodas uma mais valia. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

29. A maior capacidade volumétrica de carga do contentor assume-se como importante face à utilização visada pela varredora compacta, – cfr. relatório pericial/esclarecimento do perito.

30. Contudo, diferenças de cerca de 8% na capacidade de carga dos contentores não se mostram relevantes na satisfação das necessidades a que se destina o tipo de equipamento objeto do concurso. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

31. A capacidade do depósito de combustível assume-se como moderadamente relevante nas varredoras compactas, pois não determina, necessariamente, a maior autonomia do equipamento. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

32. A autonomia da viatura assume-se como um aspeto importante neste tipo de equipamento, pois permite a utilização do veículo durante um maior período de tempo sem necessidade de paragem para reabastecimento. – cfr. relatório pericial /esclarecimentos do perito.

33. A suspensão hidropneumática permitindo elevar a suspensão dianteira mostra-se relevante para facilitar que o veículo transponha desníveis, mas já não para manter a pressão das escovas ao solo constante. – cfr. relatório pericial.

34. Tendo em conta a carga útil e o peso bruto as varredoras compactas podem ser comparadas a veículos pesados. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

[35. A generalidade das viaturas pesadas (camiões) existentes no mercado português mostram-se equipadas com suspensões de eixo rígido com molas de aço em feixe de lâminas, no eixo traseiro e dianteiro. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito]
Facto nº 35 – eliminado pelo Ac.TCAN recorrido.

36. Alguns veículos pesados podem ser equipados com suspensões com molas à ar para se auto nivelarem, corrigirem a sua altura ao solo para diferentes valores de carga e para

melhorar o conforto. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

37. No mercado dos equipamentos objeto do Concurso, as funcionalidades exigidas na cláusula 18.º do CE mostram-se cumpridas pela varredora modelo 5iSeries da ..., – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

38. A varredora marca ... modelo 5iSeries cumpre de forma exata os parâmetros da cláusula 18.ª do CE no que respeita às características do motor, altura de descarga, capacidade de reservatório de água, diâmetro das escovas, capacidade de aspiração, suspensão independente, suspensão hidropneumática, e sendo o que mais se aproxima dos valores definidos no referido dispositivo procedimental quanto à capacidade do contentor e dimensões exteriores, nos seguintes termos,

[IMAGEM]

– cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

39. O modelo Cleango 500 da marca Schmidt apresenta algumas características técnicas que se aproximam às definidas na cláusula 18.º do CE, designadamente quanto ao motor, sistema de aspiração, escova e capacidade do depósito, mas não cumpre as especificações respeitantes a suspensão hidropneumática, suspensão independente, tração hidrostática com motores independentes e descarga com comando remoto, nos seguintes termos,

[IMAGEM]

– cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

40. Os outros modelos de varredoras compactas existentes no mercado apresentam algumas especificações que se aproximam às definidas na cláusula 18.º do CE, mas não as cumprem por apresentarem algumas características muito diversas das definidas na referida cláusula. – relatório pericial.

41. Em geral, as varredoras compactas não são produzidas para stock, sendo os equipamentos produzidos contra encomendas, em virtude da necessidade de customização às exigências do cliente, das atualizações dos equipamentos e do custo financeiro que não justifica a existência de unidades em stock. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

42. As varredoras compactas são, em geral, passíveis de ajustamentos nas suas configurações, - esclarecimentos do perito.

43. Contudo, não podem ser customizadas no que respeita a características como a distância entre eixos, suspensão hidropneumática, alturas mínimas e máximas de descarga. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

44. Um representante/revendedor deste tipo de equipamentos pode ter varredoras urbanas com características standard em stock e/ou demonstração a clientes, podendo também ter acesso a alguma unidade mediante cedência pelo fabricante ou por cliente detentor de unidade similar. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito. – cfr. relatório pericial/esclarecimentos do perito.

45. AA. é a representante oficial das varredoras compactas da marca Schmidt incluindo o modelo Cleango 500, – depoimento de DD e declarações de EE.

46. Que não podem ser customizadas às exigências da cláusula 18.ª do CE no que respeita a características como a distância entre eixos, suspensão hidropneumática, alturas mínimas e máximas de descarga. – depoimentos de EE, DD / relatório pericial.

47. À data de abertura do Concurso e da apresentação de propostas a A. dispunha no seu stock de quatro varredoras compactas da marca Schmidt, mas que não cumpriam, na sua totalidade as especificações contidas na cláusula 18.º do CE. – declarações de EE e depoimentos de FF, DD.

48. A obtenção pela A. de uma varredora compacta com as funcionalidades mais aproximadas às especificações contidas na cláusula 18.ª do CE, com vista à apresentação de amostra, dependeria da sua encomenda e aquisição ao fornecedor, exigindo o pagamento do preço da mesma e de um período alargado de tempo para a sua entrega e fornecimento. – depoimentos de EE, FF, DD.

49. Em Portugal, a B... é a representante oficial das varredoras compactas da marca ..., incluindo o modelo 5iSeries. – depoimentos de DD, BB e GG, informação disponível em www.B...pt

50. A B... costuma ter em stock uma varredora marca ... modelo 5iSeries, - depoimento da testemunha GG.

51. E, à data da abertura do Concurso e apresentação de proposta, dispunha de uma unidade que já tinha sido vendida a outro cliente. - depoimento da testemunha GG.

52. Por forma a manter a garantia dos equipamentos, assegurar a disponibilidade de peças e que os técnicos disponham de formação/habilitação específica e credenciação, a

assistência técnica e manutenção dos equipamentos/varredoras compactas das diferentes marcas, incluindo as ..., deve ser feita pelo respetivo revendedor/comercializador. – depoimentos de GG, BB, AA.

III.2. FACTOS NÃO PROVADOS

Com relevância para a decisão da causa não se provaram outros factos, designadamente os que não constam de III.,

1. É usual em concursos públicos lançados pela AGERE – Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, E.M. e visando a aquisição de equipamentos similares, ser solicitado aos concorrentes a apresentação de amostras de produtos na fase de apresentação de propostas a fim de avaliar as funcionalidades dos mesmos.

*

III. B – FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

12. A Ré/Recorrente “AGERE, E.M.”, no presente recurso de revista, assaca ao Ac.TCAN recorrido, confirmativo da sentença de 1ª instância do TAF/Porto (JCP), erro de julgamento ao ter julgado “bem fundada” a pretensão (principal), deduzida nesta ação pela Autora/Recorrida, de ver anulada a decisão da exclusão da proposta por si apresentada no concurso em causa, para “Aquisição de Varredora compacta classe 4mc descarga elevada e serviços de manutenção” e o consequente direito a ser a Autora indemnizada, por entretanto ter sido celebrado e executado o contrato com a Contrainteressada “B..., Lda.”.

As instâncias reconheceram como bem fundada essa pretensão uma vez que consideraram que a exclusão da proposta da Autora se fundamentara na não apresentação, pela mesma, de uma amostra do equipamento a adquirir (Varredora), como era exigido no programa do concurso, sendo certo, porém, que tiveram esta exigência como ilegal, por desproporcional e violadora da concorrência.

Efetivamente, a Autora não cumpriu a exigência – não apresentou amostra – alegando que tal exigência tinha por único fim a restrição da concorrência, sendo inútil e desproporcional.

As instâncias entenderam que, na verdade, a exigência era ilegal e desproporcional, visto que as especificações técnicas exigidas no CE para o equipamento a adquirir eram tão restritivas e dirigidas ao equipamento comercializado por um determinado fornecedor (concretamente, pela Contrainteressada “B...”), que violavam a concorrência.

13. A Ré/Recorrente, nas suas alegações, refere que a questão central colocada na revista – e supostamente mal decidida pelas instâncias - é a da articulação do princípio da concorrência, no que concerne às especificações técnicas exigidas, com a discricionariedade técnica da Administração no estabelecimento dessas mesmas especificações técnicas (cfr. conclusão 2ª).

Independentemente desta questão, a Ré/Recorrente alega que as instâncias (designadamente, o Ac.TCAN recorrido) não retiraram as devidas consequências – no sentido da exclusão da proposta da Autora/Recorrida – da circunstância de não ter esta apresentado, contrariamente ao que era exigido no Programa do Concurso, uma amostra do equipamento (Varredora) que se propunha fornecer na sua proposta, auto excluindo-se, assim, do concurso. Tanto mais que a Autora sempre alegou, na presente ação, que o seu equipamento era equivalente, pelo que a sua proposta seria admissível nos termos do nº 10 do art. 49º do CCP; deste modo, ao não apresentar a exigida amostra, impossibilitou que o júri averiguasse essa alegada “equivalência” do seu equipamento (cfr. conclusões 3ª e 16ª).

14. A Autora/Recorrida contrapõe, nas suas contra-alegações, que a decisão das instâncias não poderia ter sido outra, relativamente à ilegalidade das especificações técnicas exigidas, pois perante os factos dados como provados, é imposta a conclusão, retirada, de que apenas o equipamento fornecido por um único operador (a Contrainteressada “B...”) poderia cumprir com esses requisitos técnicos (cfr. conclusões DD, EE e FF das contra-alegações).

O que, a seu ver, não bule com a discricionariedade da Recorrente, que tinha liberdade para estabelecer as especificações técnicas que bem lhe aprofundasse, mas com limites – neste caso ultrapassados, como bem julgado pelas instâncias – quanto à não violação da concorrência (cfr. conclusões GG e HH das contra-alegações).

Contra-alega, consequentemente, que – como as instâncias bem julgaram -, a exigência

da disponibilização da amostra, com as condições técnicas (restritivas) definidas na cláusula 18ª do CE, se apresentava como ilegal, por desproporcional, desrazoável e, ainda, desnecessária (cfr. conclusão SS das contra-alegações).

15. Vejamos.

Não há dúvida que a Ré/Recorrente tem razão quando refere que tinha, por princípio, liberdade para estipular as especificações técnicas que melhor entendia que prosseguiriam os seus interesses na aquisição do equipamento em causa – interesses que sempre haveriam de coincidir com o interesse público.

Porém, essa regra – de discricionariedade administrativa na escolha dos requisitos técnicos do equipamento a adquirir – tem limites, uma vez que, certamente, também será do interesse público não fechar o procedimento concursal à concorrência.

Como se disse no Ac.TJUE de 25/10/2018, C-413/17 (“Roche Lietuva”), considerando 29 e segs.:

«(...) resulta desta disposição [nº 3 do art. 42º da Diretiva 2014/24, reproduzido no nº 7 do art. 49º do CCP] que a regulamentação da União reconhece uma ampla margem de apreciação à entidade adjudicante no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato.

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.

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

Designadamente, exige-se no artigo 42º, nº 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.

Este requisito concretiza, com vista à formulação de especificações técnicas, o princípio da igualdade de tratamento constante do artigo 18º, nº 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.

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 (...).

É ainda especificado no artigo 18º, nº 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 que os concursos não podem ser organizados no intuito 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.

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 [...]».

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. (...)».

Assim, 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):

“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”.

E note-se que, 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 n.º 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 “*a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar*” – cfr. n.º 7 do citado art. 24º).

16. Ora, constatados os factos tidos por provados na presente ação, que este tribunal de revista tem como assentes, e de que partiram as instâncias para as suas decisões (no caso, coincidentes), não podemos retirar outra conclusão que não seja a alcançada pelas instâncias, de que as especificações técnicas exigidas eram de tal forma pormenorizadas e restritivas que apenas o equipamento fornecido no mercado por um operador (a Contrainteressada “B...”) podia satisfazê-las.

Como se julgou, a este propósito, no Ac.TCAN recorrido:

«As especificações técnicas exigidas pelo Caderno de Encargos são de tal forma singulares e únicas (reportadas, aliás, a uma única marca/oferta operante no mercado), desprovidas da menção “ou equivalente”, que a Própria Recorrente releva o facto de a Recorrida dispor de quatro equipamentos em stock que cumpriam algumas — apenas algumas — das especificações técnicas.

De forma incontestada, lê-se na sentença sob recurso: “... definições técnicas que apenas correspondem a um modelo existente no mercado e que apenas se encontra ao alcance da Contrainteressada por ser o representante em Portugal da marca”».

E como tinha, antes, julgado o TAF/Porto(JCP), em 1ª instância, também a este propósito: *«(...) é sintomático (...) que apenas a CI B... dispunha, em stock, de uma unidade com as caraterísticas exigidas no Caderno de Encargos, o que se mostra justificado por ser em Portugal a representante oficial das varredoras compactas da marca ..., incluindo o modelo 5iseries que, como se provou, é o único no mercado que cumpre com todas as funcionalidades definidas no CE.*

Acréscce, ainda, que as caraterísticas técnicas se mostram definidas no CE, genericamente, em termos fechados, isto é, sem admitir intervalos, limites mínimos ou máximos ou equivalentes. Com efeito, salvo no que respeita a potência e cilindrada do motor, capacidade do contentor, capacidade mínima de aspiração, capacidade de depósito de água e combustível, em que se estabelecem apenas parâmetros mínimos e/ou capacidades aproximadas, todas as demais caraterísticas foram previstas em termos que não tornam admissíveis outros parâmetros, nem correspondem a funcionalidades visadas que pudessem ser alcançadas por equivalentes.

Extraindo-se, pois, que o concorrente que não disponha do modelo ... 5iseries ficaria sempre limitado pela necessidade de demonstração da sua equivalência nos termos do art. 49.º do CCP, mas sem que um modelo standard corresponda a essa equivalência. (...) se é certo que a Ré, enquanto entidade adjudicante, tinha alguma liberdade para moldar o concurso público em causa, considerando o interesse público prosseguido pela mesma nos termos dos artigos 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e 1.º-A, n.º 1, do CCP, afigurando-se como compreensível o interesse de, por forma a proteger-se de eventuais propostas não sérias dos concorrentes, aferir logo em fase procedimental da conformidade dos equipamentos propostos com as especificações técnicas do caderno de encargos, esse interesse público não pode deixar de ser compatibilizado com as garantias de abertura à concorrência que demandam, desde logo, a viabilidade da apresentação desse exemplar em sede de apresentação de proposta.

Ora, quando se demonstra que,

- (i) O equipamento a fornecer tem um custo elevado (superior a € 100.000,00);*
 - (ii) O equipamento pretendido adquirir não corresponde a um equipamento com caraterísticas standard que possa facilmente ser obtido no mercado concorrencial, antes se tratando de definições técnicas que apenas correspondem a um modelo existente no mercado e que apenas se encontra ao alcance da Contrainteressada por ser o representante em Portugal da marca;*
 - (iii) Quanto aos demais intervenientes nesse mercado tais caraterísticas demandam a customização do equipamento e mesmo assim não sendo ajustáveis, na sua totalidade, aos requisitos contidos na cláusula 18.ª;*
 - (iv) Em geral, no mercado destes equipamentos não há stock;*
 - (v) A cedência de unidades do fabricante e/ou clientes não seria viável por se tratar de um equipamento que não corresponde, em geral, a um modelo standard;*
 - (vi) Em sede de execução do contrato há lugar à verificação das caraterísticas técnicas do concreto equipamento proposto,*
- Há que concluir que, efetivamente, a previsão nas cláusulas 6.1. al. d) e 10 do Programa de Concurso da disponibilização de um exemplar para o efeito de, em fase de*

procedimento concursal, aferir da compatibilidade das condições e termos da proposta com os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência, se mostra desproporcional e violadora da concorrência, nos (cfr. n.º 1 do artigo 1.º-A e n.º 4 do artigo 132.º, in fine, do CCP), sendo, por isso, inválidas».

E este julgamento (coincidente) das instâncias mostra-se - como não deixam as duas decisões de referir -, adequadamente sustentado nos factos tidos como provados, designadamente do teor da cláusula 18ª do CE referente às especificações técnicas exigidas (cfr. facto provado 3: Caderno de Encargos, Cap. II – Cláusulas técnicas) e ainda dos factos provados 19 e segs. com base no relatório pericial e/ou nos esclarecimentos prestados pelo perito, dos quais destacamos:

- *“No mercado dos equipamentos objeto do Concurso, as funcionalidades exigidas na cláusula 18.º do CE mostram-se cumpridas pela varredora modelo 5iSeries da ...”* [Equipamento proposto pela CI] – facto 37;
- *“A varredora marca ... modelo 5iSeries [Equipamento proposto pela CI] cumpre de forma exata os parâmetros da cláusula 18.ª do CE no que respeita às características do motor, altura de descarga, capacidade de reservatório de água, diâmetro das escovas, capacidade de aspiração, suspensão independente, suspensão hidropneumática, e sendo o que mais se aproxima dos valores definidos no referido dispositivo procedimental quanto à capacidade do contentor e dimensões exteriores, nos seguintes termos (...)”* – facto 38;
- *“O modelo Cleango 500 da marca Schmidt [Equipamento proposto pela Autora/Recorrida] apresenta algumas características técnicas que se aproximam às definidas na cláusula 18.º do CE, designadamente quanto ao motor, sistema de aspiração, escova e capacidade do depósito, mas não cumpre as especificações respeitantes a suspensão hidropneumática, suspensão independente, tração hidrostática com motores independentes e descarga com comando remoto, nos seguintes termos (...)”* – facto 39;
- *“Os outros modelos de varredoras compactas existentes no mercado apresentam algumas especificações que se aproximam às definidas na cláusula 18.º do CE, mas não as cumprem por apresentarem algumas características muito diversas das definidas na referida cláusula”* – facto 40;
- *“Em geral, as varredoras compactas não são produzidas para stock, sendo os equipamentos produzidos contra encomendas, em virtude da necessidade de customização às exigências do cliente, das atualizações dos equipamentos e do custo financeiro que não justifica a existência de unidades em stock”* – facto 41;
- *“As varredoras compactas são, em geral, passíveis de ajustamentos nas suas configurações. Contudo, não podem ser customizadas no que respeita a características como a distância entre eixos, suspensão hidropneumática, alturas mínimas e máximas de descarga”* – factos 42 e 43;
- *“A Autora é a representante oficial das varredoras compactas da marca Schmidt incluindo o modelo Cleango 500. Que não podem ser customizadas às exigências da cláusula 18.ª do CE no que respeita a características como a distância entre eixos, suspensão hidropneumática, alturas mínimas e máximas de descarga”* – factos 45 e 46;
- *“Em Portugal, a B... é a representante oficial das varredoras compactas da marca ..., incluindo o modelo 5iseries”* – facto 49.

Desta forma, a questão central que a Ré/Recorrente coloca na presente revista – da articulação do princípio da concorrência, no que concerne às especificações técnicas exigidas, com a discricionariedade técnica da Administração no estabelecimento dessas mesmas especificações técnicas (cfr. conclusão 2ª das suas alegações) – mostra-se, contrariamente ao por si defendido, corretamente dirimida pelas instâncias, uma vez que, sem contestar a “ampla margem de apreciação à entidade adjudicante no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato”, não podem as entidades adjudicantes, na sua estipulação – como, no caso dos presentes autos, resulta dos factos provados - criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência, reduzindo-a artificialmente, devendo 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, devendo possibilitar-se, pelo contrário, a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas existentes no mercado.

17. Alega, porém, ainda, a Ré/Recorrente, que o fundamento da exclusão da proposta da Autora/Recorrida foi, exclusivamente, a circunstância de não ter apresentado a amostra do equipamento proposto, como exigido no Programa do Concurso, e não o incumprimento das especificações técnicas estipuladas. Assim, terá sido a própria Autora que se auto excluiu, ao incumprir aquela formalidade de não disponibilização de amostra. É que se a Autora tivesse apresentado amostra do equipamento com que se propunha concorrer, ir-

se-ia, então, em fase subsequente, apreciar e decidir se tal equipamento cumpria as especificações técnicas exigidas ou se satisfaria de modo equivalente os requisitos definidos nas especificações técnicas.

Mas não tem razão, também nesta parte, a Ré/Recorrente.

É que a causa da não apresentação de amostra pela Autora/Recorrida foi a dificuldade - “*rectius*”, impossibilidade – de apresentar uma amostra que satisfizesse os requisitos definidos nas especificações técnicas estipuladas na cláusula 18ª do CE.

Foi esta, aliás, a justificação expressamente apresentada pela Autora/Recorrida, por declaração escrita, aquando da apresentação da sua proposta (cfr. facto provado 8.e.): «A A..., Lda., tendo em conta o objeto do procedimento e, em particular, as características técnicas da Varredora Urbana Compacta definidas na cláusula 18ª do Caderno de Encargos, considera que a exigência, constante do ponto 10 do Programa de Procedimento, de disponibilizar um exemplar da Componente A, é ilegal, designadamente, por violação dos princípios da proporcionalidade e da concorrência».

E, de forma relevante, a invalidade das cláusulas 6.1. al. d) e 10. do Programa de concurso (que estipulavam a exigência de apresentação de amostra do equipamento a fornecer) foram decretadas pelas instâncias em razão da invalidade das especificações técnicas exigidas na cláusula 18ª do CE, que apenas um operador estava em condições de cumprir (a CI) com o equipamento que comercializava e de que era a Representante oficial no mercado português (a Varredora “RAVO 5iseries”).

18. Por outro lado, a Ré/Recorrente também não tem razão quando alega que, se a Autora/Recorrida tivesse disponibilizado uma amostra do equipamento que comercializa – a qual, segundo se provou nos autos, cumpre apenas algumas das especificações técnicas exigidas –, poderia, subsequentemente, ser ponderada e decidida a sua aceitação, caso se concluísse, então, que satisfazia de modo equivalente os requisitos definidos nas especificações técnicas.

E não tem razão porque tal hipótese seria inaplicável ao caso dos autos.

É que as entidades adjudicantes, embora gozem da já referida “ampla margem de apreciação no âmbito da formulação das especificações técnicas de um contrato”, têm de formulá-las através de um dos modos determinados no nº 7 do art. 49º do CCP (isto é, no nº 3 do art. 42º da Diretiva 2014/24), ou seja:

- ou “em termos de despenho e de requisitos funcionais” – alínea a);
- ou “por referência a especificações técnicas definidas em normas (nacionais, europeias, comuns ou internacionais) – alínea b).

Caso optem pelo modo da alínea a), o concorrente pode demonstrar que a obra, bem móvel ou serviço que esteja em conformidade com uma norma nacional, europeia, comum ou internacional corresponde ao desempenho exigido ou cumpre os requisitos funcionais da entidade adjudicante (como prevê os nºs 11 e 12 do art. 49º do CCP e o nº 6 do art. 42º da Diretiva 2014/24);

Caso opte pelo modo da alínea b), o concorrente pode demonstrar que as soluções por si propostas satisfazem de modo equivalente os requisitos definidos nas especificações técnicas (como prevê o nº 10 do art. 49º do CCP e o nº 5 do art. 42º da Diretiva 2014/24).

Ora, tendo as especificações técnicas do procedimento aqui em causa sido estipuladas no modo previsto na alínea a) do nº 7 do art. 49º do CCP - pois que não estabelecidas por referência a quaisquer normas, nos termos da alínea b) -, o Autor/Recorrido não podia comprovar o cumprimento dos requisitos funcionais exigidos a não ser nos termos previstos nos nºs 11 e 12 do art. 49º do CCP (nº 6 da Diretiva 2014/24), ou seja, mediante a comprovação liminar de que o seu equipamento estava “*em conformidade com uma norma nacional que transponha uma norma europeia, uma homologação técnica europeia, uma especificação técnica comum, uma norma internacional ou um sistema técnico de referência estabelecido por um organismo de normalização europeu, quando essas especificações corresponderem aos critérios de desempenho ou cumprirem os requisitos funcionais impostos*”.

Não sendo o caso, o equipamento proposto pela Autora/Recorrida ou cumpria as especificações técnicas exigidas na cláusula 18ª do CE – tendo-se comprovado que, não só não as cumpria, como somente o equipamento proposto pela CI estaria, no mercado nacional, em condições de as cumprir – ou seria inapelavelmente excluída.

A menos, claro, que as especificações técnicas exigidas fossem inválidas, como corretamente foi julgado pelas instâncias.

E como expressa Pedro Fernández Sánchez, in “Direito da Contratação Pública”, Vol. II, Almedina, 2021 (reimpressão), pág. 260:

«Em suma, ressalvados os casos impostos pelos n.ºs 10 a 12 do artigo 49.º do CCP ou resultantes de uma eventual ilicitude do próprio caderno de encargos, a deteção de uma desconformidade entre um aspeto da proposta e um aspeto do caderno de encargos determina sempre a exclusão da proposta ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º» (sublinhado nosso).

Tal como este STA recentemente julgou, em Acórdão de 29/9/2022 (proc. 0950/21):

«A margem de livre apreciação que se reconhece à entidade adjudicante para formular as especificações técnicas, em particular quanto ao método a adotar (por referência a requisitos funcionais ou a especificações técnicas concretas) esgota-se com a respetiva formulação e consagração no caderno de encargos. A partir desse momento há uma auto vinculação administrativa às especificações técnicas formuladas consoante o método escolhido.

(...) Por isso, não tem razão o acórdão recorrido quando convoca a existência de um espaço de valoração própria da atividade administrativa para sustentar a admissão das propostas que não cumprem as especificações técnicas constantes do caderno de encargos. Esse espaço de valoração própria “esgotou-se” quando a entidade adjudicante formulou as especificações técnicas do produto a adquirir e as verteu nas regras do Caderno de Encargos, a partir desse momento ela vinculou-se aos termos que submeteu ao mercado e só os produtos que cumprissem aqueles requisitos é que podiam ser adquiridos. Também por essa razão as propostas que foram apresentadas e que não cumpriam as especificações técnicas do caderno de encargos teriam de ter sido excluídas».

Assim, tal como as instâncias bem julgaram no caso dos presentes autos, as especificações técnicas estipuladas no Caderno de Encargos eram inválidas, sem que a proposta da Autora/Recorrida pudesse ser admitida ao não cumprir com parte relevante dessas especificações exigidas.

19. É certo que a invalidade das especificações técnicas estipuladas no CE não ditaria, necessariamente, a adjudicação do contrato à Autora/Recorrida, ainda que a sua proposta se apresentasse como a que oferecia o preço mais baixo e o prazo mais curto de entrega (os dois fatores constituintes do critério de adjudicação) – cfr. pedidos c) e d) por aquela formulados na sua p.i.

Isto, porque a invalidade das especificações técnicas estipuladas teria obrigado ao reinício do procedimento concursal, uma vez eliminadas/alteradas as cláusulas em questão - cláusulas 6.1 d) e 10. do Programa, em consequência da cláusula 18ª do CE.

Como é, aliás, jurisprudência deste STA (cfr. Acórdão de 30/1/2013, proc. 0993/12):

«(...) tratando-se de um regulamento ad hoc, (Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, p. 135) sem vocação de aplicação sucessiva em outros procedimentos, a desaplicação da norma do n.º 8 equivale à sua revogação simples e, do mesmo passo, consubstancia, como bem julgou o tribunal a quo, a alteração de uma das peças do procedimento [art. 40.º/1/b) CCP], num dos seus aspetos essenciais (o da habilitação dos concorrentes).

E uma vez que a alteração teve lugar após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, a situação deve considerar-se enquadrável na previsão das normas do art. 79.º/1/c), e 3 do CCP, determinante da não adjudicação e da obrigatoriedade de dar início a um novo procedimento.

No caso concreto, qualquer outra solução faria perigar os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência (art. 1.º/4 do CCP), pois que, como bem ajuizou o acórdão recorrido, não é objetivamente demonstrável que, no caso de ser conhecida de antemão a alteração que veio reduzir as condições a preencher pelo adjudicatário na fase de habilitação, não teria havido mais concorrência e propostas com melhores atributos. E sem essa demonstração, sem poder convencer-se de que o resultado final do procedimento seria inelutavelmente o mesmo, não pode o Tribunal aproveitar o ato, afastando o efeito invalidante da violação das normas que impõem a estabilidade das regras concursais. (vide, a propósito, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública”, p. 329)».

Veja-se, no mesmo sentido, o recente Acórdão do STA de 23/3/2023 (proc. 01834/21).

Assim, como bem julgaram as instâncias:

«a. Reconhece-se o bem fundado da pretensão principal deduzida pela A., no que respeita ao pedido de anulação da deliberação do Conselho de Administração da Agere de 20.5.2021 de exclusão da proposta da A. e adjudicação à proposta da B... do concurso público para “Aquisição de Varredora Compacta classe 4mc descarga elevada e Serviços de Manutenção”, à anulação do contrato celebrado entre a Entidade Demandada e a Contrainteressada em 25.6.2021 tendo por objeto a aquisição da varredora urbana compacta classe 4 mc descarga elevada e serviços de manutenção e à condenação da ED a reiniciar o procedimento pré-contratual, eliminando do Programa do Procedimento as disposições contidas nas cláusulas 6.1. al. d) e 10, e a proceder à reabertura do procedimento concursal, prosseguindo com a sua normal tramitação.»» (sublinhado nosso).

Pretensão a que obstou, como também julgado pelas instâncias (ponto b. da Decisão), a circunstância de, entretanto, ter sido celebrado e executado o contrato (com e pela CI).

Todavia, tal não afasta o direito - que as instâncias reconheceram à Autora/Recorrida (ponto c. da Decisão) - a ser indemnizada, conforme previsto nos arts. 45º, 45º-A e 102º nº 8 do CPTA, pela impossibilidade de reabertura do procedimento concursal (reconhecida no referido ponto b. da Decisão), já que viu frustrada a expectativa de ser a concorrente adjudicatária, no caso de que não tivesse ocorrido a invalidade decretada; e que detinha a expectativa de poder vir a ser a concorrente adjudicatária no procedimento a refazer (se este não se tivesse tornado impossível). Para além da consideração dos encargos incorridos com a apresentação da proposta ao procedimento concursal declarado inválido (cfr., aliás, o disposto no nº 4 do art. 79º do CCP).

20. Não se deixará de notar, por último, que ainda que a Ré/Recorrente tivesse razão no que toca à sua alegação de erro de julgamento das instâncias ao declararem a invalidade das cláusulas 6.1. d) e 10. do Programa (em consequência da cláusula 18ª do CE), sempre o procedimento concursal não resistiria, então, ao julgamento de invalidade do próprio CE (referida cláusula 18ª) – como necessariamente se retira dos factos provados e do julgamento efetuado relativamente à invalidade das especificações técnicas exigidas no CE -, ou seja, não resistiria à procedência do pedido subsidiário formulado pela Autora/Recorrida, que cumpriria, então, conhecer e decidir: *«(...) subsidiariamente, e) ser anulado o procedimento por as peças do mesmo (PP e CE) padecerem de vícios de violação de lei (artigo 1º-A nº 1, artigo 49º nº 4 e artigo 132º nº 4 do CCP)»*. Que não chegou a ser conhecido pois que, como foi julgado: *«Face à procedência (ainda que parcial) dos pedidos formulados a título principal, mostra-se prejudicado o conhecimento das pretensões formuladas subsidiariamente»*.

*

IV - DECISÃO

Pelo exposto, **acordam em conferência os juizes da Secção de Contencioso Administrativo deste Supremo Tribunal**, de harmonia com os poderes conferidos pelo art. 202º da Constituição da República Portuguesa, **em:**

Negar provimento ao presente recurso de revista interposto pela Ré/Recorrente “AGERE, E.M.”, **confirmando-se, assim, o Acórdão do TCAN recorrido.**

Custas a cargo da Ré/Recorrente.

D.N.

Lisboa, 30 de março de 2023 – Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha (relator) – José Augusto Araújo Veloso – Maria do Céu Dias Rosa das Neves.