

B – Jurisprudência dos Tribunais Administrativos

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, 14/06/2018, P. 0395/18

I – Nos procedimento de formação de um contrato de empreitada, as exigências do artigo 361.º do CCP (Plano de trabalhos) devem ser lidas em conjugação com o disposto no artigo 43.º do CCP (Caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada).

II – As omissões ou incompletudes do plano de trabalhos não podem ser supridas pela via do pedido de esclarecimentos aos concorrentes prevista no n.º 1 do artigo 72.º do CCP.

A situação de facto subjacente ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) sob anotação pode resumir-se da seguinte forma:

1. Em procedimento de formação de contrato de empreitada, a proposta que, de acordo com o critério de adjudicação, seria a melhor classificada foi considerada, pelo Júri do procedimento, como estando afetada por uma causa de exclusão;
2. Essa causa de exclusão resultava do incumprimento, no *Plano de Trabalhos* junto com a proposta, das exigências previstas no artigo 361.º do CCP, nomeadamente, (i) a inclusão de todas as espécies de trabalhos previstas (no mapa de trabalhos e quantidades) e (ii) a especificação dos meios a afetar a cada uma dessas espécies de trabalho;
3. Aquelas omissões foram juridicamente enquadradas, pela entidade adjudicante, na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º e, também, na alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º, ambos do CCP;

A concorrente excluída propôs ação de contencioso pré-contratual, pugnando pela ilegalidade da sua exclusão e, após decisão desfavorável do TAF de Braga, o TCA-Norte¹, concedendo provimento ao recurso por ela

¹ Acórdão de 16.02.2018, proc. 01335/16.6BEBRG.

apresentado, decidiu que não se verificava qualquer dos fundamentos de exclusão de proposta previstos no n.º 2 do artigo 70.º, designadamente o que havia sido identificado pelo TAF de Braga: a falta de um atributo da proposta decorrente das omissões detetadas no *Plano de Trabalhos*. O TCA-Norte reiterou, de resto, jurisprudência anterior de acordo com a qual os fundamentos de exclusão de propostas, por reduzirem a amplitude do universo concorrencial, devem ser interpretados restritivamente. Além da decisão quanto à inexistência do fundamento de exclusão – julgada ilegal e também violadora da concorrência –, o TCA-Norte acrescentou o seguinte:

- (i) Que o *Plano de Trabalhos* não era omissivo quanto à indicação de meios humanos e de equipamento, nem se revelava contrário aos instrumentos do concurso;
- (ii) Que as restantes faltas detetadas poderiam ter sido supridas mediante esclarecimentos, que deveriam ter sido solicitados pela entidade adjudicante, tendo em vista a explicitação dos meios humanos que haviam sido indicados apenas de forma global (e não por referência às espécies de trabalhos previstas).

No Acórdão em análise, o STA vem revogar aquela decisão entendendo, em primeiro lugar, que as omissões de que padecia o *Plano de Trabalhos* – que deve ser adequado ao Plano de Execução constante do Caderno de Encargos, de forma a permitir a fiscalização e controlo do contrato de empreitada – iriam prejudicar ou impedir a aplicação de normas substantivas relacionadas com a execução do contrato; o Tribunal escuda-se no objeto do recurso para não se pronunciar sobre se tal situação se enquadra na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º.

Nessa sequência e passando para um segundo ponto do Acórdão, o STA (re)afirma que a falta de previsão de todas as espécies de trabalhos e, consequentemente, a falta de indicação dos meios afetos – mão-de-obra e equipamentos – a cada uma dessas espécies constitui uma violação dos artigos 43.º e 361.º do CCP.

Em terceiro lugar, o STA pronuncia-se sobre o que o TCA-Norte considerou ser o incumprimento do dever de solicitar esclarecimentos quanto às referidas omissões; o Tribunal entende que um tal pedido não passaria o que denomina de *teste de proporcionalidade* uma vez que não considera o pedido de esclarecimentos uma forma adequada a suprir tais omissões, razão pela

qual entende não se dever passar para um nível seguinte, destinado a avaliar a necessidade/exigibilidade do pedido de esclarecimentos.

O Acórdão do STA não esconde as profundas divergências com que o havia sido decidido pelo TCA-Norte, divergências que parecem radicar, de acordo com o próprio sumário do Acórdão, numa abordagem mais funcional do regime das causas de exclusão do que aquela que subjaz à decisão do TCA-Norte. De facto, determinante para concluir pela conformidade da exclusão decidida é, na economia do Acórdão, a falta de uma adequação do *Plano de Trabalhos ao Projeto de Execução* (constante do Caderno de Encargos), que teria como consequência a impossibilidade de controlo do cumprimento dos prazos contratuais para efeitos de aplicação de sanções, de determinar prorrogações de prazo ou de aplicar corretamente o regime dos “trabalhos a mais”. Como sintetiza o STA, as omissões prejudicariam (ou impediriam mesmo) a aplicação de parte relevante do regime substantivo do contrato de empreitada.

Não é comum encontrar, na jurisprudência relativa à contratação pública, casos de aproximação funcional ao conteúdo das exigências procedimentais, antes sendo mais usual encontrar interpretações formalistas desses requisitos procedimentais, tendência seguida, também, pelas entidades adjudicantes que preferem, tantas vezes, soluções formalmente mais seguras, em detrimento de decisões substancialmente mais justas.

Em linha com a *ratio decidendi* subjacente ao Acórdão, deve ressaltar-se que a necessidade de uma leitura conjugada das exigências do *Projeto de Execução* e do *Plano de Trabalhos* significa, também, que o nível de detalhe exigível ao *Plano de Trabalhos* tem que ser *adequado*, não se exigindo um detalhe irrealista (e desnecessário) que vá ao nível mais básico da desagregação de cada espécie de trabalhos, mas apenas ao nível de desagregação necessário para não colocar em causa os objetivos que presidem à exigência desse documento (designadamente, o de dar cumprimento ao regime substantivo do contrato de empreitada, com o regime das prorrogações de prazo à cabeça).

A decisão do TCA-Norte, embora ignore o efeito prático que a admissão de uma proposta com *Plano de Trabalhos* omissivo teria, sublinha um ponto que consideramos igualmente importante e que complementa o que vimos de dizer: devem ser interpretadas restritivamente – embora sempre rigorosamente – as causas de exclusão de propostas e, justificando-se e sendo possível, devem as dúvidas sobre a sua efetiva existência, ser objeto de pedidos de esclarecimento, o que nos leva ao outro ponto sumariado pelo STA: poderiam as omissões e incompletudes do *Plano de Trabalhos* ser objeto de um pedido

de esclarecimentos e poderiam, nessa sequência, os esclarecimentos a prestar vir a suprir tais omissões e incompletudes?

A resposta negativa a que chegou o STA é sumariada de forma abstrata, dela resultando uma orientação que não nos parece ser aplicável a todas e quaisquer omissões ou incompletudes dos *Plano de Trabalhos*. Haverá, certamente, casos em que os esclarecimentos que se peçam e prestem sobre incompletudes e omissões do *Plano de Trabalhos* (de certo tipo e natureza) se conterão dentro do legalmente admissível, designadamente por não colocarem em causa as restrições inscritas no n.º 2 e na parte final do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, o que aliás se coaduna com a doutrina e jurisprudência citada no próprio Acórdão sob anotação.

PEDRO MATIAS PEREIRA