

# Habilitação v. qualificação e as consequências da exigência de requisitos ilegais (art. 51.º do CCP)

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo  
(1.ª Secção) de 30.1.2013, P. 993/12

## **Concurso público. Código dos Contratos Públicos. Certificação.**

*I – A apresentação dos certificados ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004, constitui uma exigência que não se relaciona com os requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade, mas que se relaciona com competências ou padrões de qualidade, ou seja, com a qualidade ou capacidade técnica das empresas.*

*II – Não pode ser exigida num procedimento de concurso público em sede de habilitação a apresentação dos indicados certificados.*

*III – Viola os princípios da estabilidade das regras concursais, da igualdade e da concorrência, a decisão de afastar a regra constante do Programa de Concurso que exigia a apresentação dos certificados ISO, em sede de requisitos de habilitação, já após o acto de adjudicação, com aproveitamento de todos os actos do concurso até essa fase.*

Acordam na Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

### **1. Relatório**

A., SA, já devidamente identificada nos autos, intentou, no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, acção de contencioso pré-contratual, contra ICP-Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações e B., SA, na qual formulou os seguintes pedidos:

*a) a anulação da deliberação do Conselho de Administração da entidade demandada de 20/10/2011,*

*que decidiu “Declarar a não caducidade da adjudicação à empresa B., SA, do Concurso Público para Implementação e Gestão de Sistemas de Informação Centralizado;*

*b) a condenação do Conselho de Administração da entidade demandada a proferir deliberação declarando a caducidade da adjudicação do contrato à contra-interessada e procedendo à adjudicação do contrato à A., no prazo de 5 dias;*

*Subsidiariamente:*

*c) caso assim se não considere, a anulação de todo o procedimento de concurso público, incluindo todos os actos administrativos e operações materiais praticados, até à deliberação do conselho de administração de 11/11/2010;*

*d) a condenação da entidade demandada a praticar acto administrativo consubstanciado em nova decisão de contratar, na qual proceda à escolha de procedimento de concurso limitado por prévia qualificação;*

*e) bem como a aprovar Programa de Procedimento que contemple, em sede de “requisitos mínimos de capacidade técnica” – arts. 146.º, n.º 1, alínea h), e 165.º, n.º 1, do CCP – a exigência de certificados referentes às normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004, no prazo de seis meses.*

O TAC de Lisboa, pela sentença de fls. 213-247, julgou improcedente o pedido impugnatório dirigido contra a deliberação do Conselho de Administração do ICP-Anacom de 20/10/2011, não conhecendo dos pedidos condenatórios por serem dependentes da procedência do pedido impugnatório.

Em apelação interposta pela autora, o TCA Sul, pelo acórdão de fls. 446-476, concedeu parcial provimento ao recurso e:

a) revogou a decisão proferida e, em consequência, anulou a deliberação do CA da Anacom, de 20/10/2011, que decidiu “declarar a não caducidade da adjudicação à empresa B., SA, do Concurso Público para a Implementação e Gestão de Informação Centralizado”;

b) julgou improcedente o pedido formulado pela recorrente na PI, para que seja o CA da Anacom “condenado a proferir deliberação declarando a caducidade da adjudicação do contrato à contra-interessada e procedendo à adjudicação do contrato à A. no prazo de 5 dias”;

c) julgou prejudicado o conhecimento do primeiro pedido subsidiário e julgou improcedentes os segundo e terceiro pedidos subsidiários.

Inconformada, a autora recorre para este Supremo Tribunal, na parte em que o acórdão do TCA lhe foi desfavorável, ao abrigo do disposto no art. 150.º do CPTA.

A contra-interessada B., SA, recorre subordinadamente.

*Omissis*

1.6. A formação prevista no art. 150.º, n.º 5, do CPTA admitiu a revista principal, bem como a subordinada.

Fica o essencial do discurso justificativo das suas decisões:

“(…) A questão suscitada pela recorrente principal, a autora A., prende-se com matéria de elevada natureza técnica, relativa a normas internacionais de certificação ISO/IEC, relativas a Sistemas de Gestão de Serviços de Tecnologias de Informação (SGSTI), questionando-se se o CCP admite que os aludidos certificados podem ser exigidos como documentos de habilitação em determinados procedimentos concursais (como sustenta a recorrente), ou se, pelo contrário, a sua exigência é ilegal por não se reportarem à titularidade dos requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade, mas serem apenas certificados de qualidade do serviço (como decidiu o acórdão recorrido), estando então a entidade adjudicante obrigada a lançar mão de um procedimento de concurso limitado por prévia qualificação

sempre que pretenda exigir ao co-contratante a exibição de tais certificados.

O art. 81.º, n.ºs 1, 4 e 6, do CCP não fornece uma resposta inequívoca sobre a questão, sendo certo que a mesma não foi ainda, tanto quanto apurámos, objecto de apreciação por parte deste Supremo Tribunal.

Acresce que a controvérsia sobre a matéria em causa tem manifesta capacidade de expansão no âmbito de concursos para adjudicação de contratos de prestação de serviço, designadamente na área das tecnologias de informação, mas também noutras áreas, prevenindo-se a possibilidade de ser recolocada em muitos outros processos, assim se justificando a intervenção deste STA em sede de revista excepcional.

O objecto do recurso subordinado, interposto pela contra-interessada B., acaba, no fundo, por se reconduzir à apreciação da mesma matéria que constitui objecto do recurso principal, embora com enfoque na pronúncia de violação dos aludidos princípios reitores da actividade administrativa.

Seja como for, esta formação de apreciação preliminar, ao admitir a revista, não pode condicionar o âmbito de cognição da Secção na apreciação do recurso, pelo que se justifica, nos termos referidos, a admissão de ambos os recursos.

1.7. O Ex.<sup>mo</sup> Procurador-Geral Adjunto emitiu duto parecer nos seguintes termos:

*Omissis*

Cumprir decidir.

## **2. Fundamentação**

### **2.1. Os factos**

*Omissis*

### **2.2. O Direito**

**2.2.1.** Como se vê pelo relato *supra*, a presente acção de contencioso pré-contratual reporta ao procedimento de concurso público, promovido pelo ICP-Anacom, destinado à aquisição de um conjunto integrado de serviços de concepção, desenvolvimento, implementação e manutenção do Sistema de Informação Centralizado, conforme previsto no DL n.º 123/2009, de 21/5, na redacção introduzida pelo DL n.º 258/2009, de 26/9.

E os problemas jurídicos a que a revista tem de responder têm origem na parte final do n.º 8 do Programa do Concurso, cujo teor é o seguinte:

“8. Documentos de habilitação:

O adjudicatário deverá apresentar, através da plataforma electrónica *www.compraspublicas.com* os documentos de habilitação mencionados nas alíneas *ab*) do art. 81.º do Código dos Contratos Públicos, bem como os documentos mencionados no n.º 6 do mesmo artigo, designadamente os certificados referentes às normas ISO/IEC20000:2005; ISO/IEC27001:2005; ISO9001:2008 e ISO14001:2004”.

Para a solução do litígio importa, no essencial: *(i)* saber se a exigência da apresentação das certificações ISO, como documentos de habilitação, é legal ou ilegal; *(ii)* em caso de ser ilegal, quais são os efeitos jurídicos dessa ilegalidade, mormente sobre a adjudicação feita a adjudicatário que na fase de habilitação, violando a norma do Programa, não apresentou os certificados referentes às citadas normas ISO.

### 2.2.2. Do recurso principal

Tal como está delimitado nas conclusões da autora, ora recorrente (art. 684.º, n.º 3, do CPC), este recurso tem por objecto a questão de saber se o ponto 8 do Programa do Procedimento, ao exigir como documentos de habilitação certificados referentes às normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004, é ilegal, por contrariar o disposto no art. 81.º, n.º 6, do CCP.

O tribunal *a quo* considerou que a regra constante da parte final do ponto 8 do Programa do Concurso era ilegal.

Deixamos o essencial do discurso justificativo da sua pronúncia, passando a citar:

«As normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004, são, como a própria recorrente alega, *standards* ou regras internacionais, que visam certificar que as empresas possuem determinadas práticas, procedimentos, instrumentos ou têm implementados certos sistemas e formas de organização interna, que lhe conferem determinadas competências, que são as certificadas (para cada uma destas normas, vejam-se as indicações constantes dos sites <http://www.iso.org/iso/home.html> e <http://www.iec.ch>; vejam-se ainda os docs. de fls. 93 e 94 do Instituto Português de Certificação, com a descrição das normas técnicas).

Assim, visam tais certificados garantir determinados padrões de qualidade das empresas.

Para operar no mercado português e designadamente para fornecer os serviços postos a concurso, a lei não obriga a que as empresas sejam possuidoras dos certificados acima referidos.

Porém, o ora recorrido, no ponto 6 do Programa do Concurso, determinou a apresentação pelo adjudicatário daqueles certificados. Após a adjudicação, a Anacom verificou que os membros do agrupamento, ora contra-interessados, não dispunham individualmente de todos os referidos certificados ISO. Porém, não declarou a caducidade da adjudicação, considerando, na sequência do parecer emitido, que os documentos de habilitação previstos no n.º 6 do art. 81.º do CCP não consentiam que a Entidade Adjudicante tivesse requerido a demonstração daqueles requisitos, que iam para além dos legalmente exigidos para o exercício da sua actividade e eram relativos à capacidade técnica dos concorrentes. A recorrida considerou, por isso, que caducidade da adjudicação baseada na falta de apresentação dos certificados ISO era ilegal e não a declarou.

Como decorre do acima referido, a exigência no ponto 6 do Programa do Concurso, em sede de habilitação dos concorrentes, da apresentação dos certificados ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004, constitui uma exigência que não se relaciona com os requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade, mas que se relaciona com competências ou padrões de qualidade, ou seja, com a qualidade ou capacidade técnica das empresas. Como tal, é uma exigência ilegal face ao estipulado no art. 81.º do CCP, designadamente ao seu n.º 6. Todos os documentos exigíveis a este título, de habilitação dos concorrentes, ter-se-ão de restringir aos relativos à titularidade dos requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade. Portanto, com a titularidade das habilitações legais. Arredam-se desta norma quaisquer outros documentos relativos às qualidades ou capacidades técnicas dos concorrentes, como acontece com a comprovação destas normas ISO.

Também não visam estas certificações garantir as qualidades ou as características dos concretos produtos ou serviços que as empresas prestam. Logo, não se relacionam as normas ISO em questão com os atributos das propostas.

Em suma, como antes se disse, as normas ISO aqui em causa reconduzem-se às qualificações técnicas das empresas, concorrentes neste concurso. Certificam estas normas as características técnicas apresentadas pelo próprio prestador do serviço (cf., neste sentido e a este propósito, o Ac. do TCA Norte 225/11.3BECBR, de 7/10/2011, em *www.dgsi.pt*).

Quanto à expressão “nomeadamente” inserta no n.º 6 do art. 81.º do CCP, é manifesto, face ao teor do restante artigo e à referência à “titularidade das habilitações legalmente exigidas”, que será uma cláusula aberta visando actividades específicas, para cujo exercício a lei exija determinadas e especiais habilitações.

Concluindo, a lei não exige para a prestação dos serviços em apreço que as respectivas empresas que operam no mercado sejam titulares dos certificados ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004. Logo, estas certificações não constituem uma obrigação legal para o exercício da correspondente actividade de prestação de serviços. Por conseguinte, face ao art. 81.º do CCP, não podiam tais certificações serem requeridas em sede de habilitação dos concorrentes, nomeadamente como foi exigido no ponto 6 do Programa de Concurso.»

Nessa medida, não errou a entidade adjudicante ao considerar que não poderia ser exigido às empresas que fariam parte do consórcio vencedor do concurso a apresentação dos certificados ISO referidos no ponto 6 do Programa do Concurso. Não errou, portanto, a Anacom ao desaplicar a regra do concurso estabelecida no ponto 6 do Programa, que exigia a apresentação pelo adjudicatário da certificação ISO. Quanto ao facto de a Anacom ter optado por um concurso público e não por um concurso limitado por prévia qualificação, trata-se de matéria que cai no âmbito da sua inteira discricionariedade, não havendo que sindicar-se tal opção administrativa em sede judicial, salvo por erro grosseiro ou manifesto, o que não é alegado pela recorrente, nem se verifica. A circunstância de se ter introduzido no ponto 6 do Programa de Concurso a exigência da apresentação da certificação ISO também não conduz a que a escolha do procedimento encerre um erro notório, palmar ou de direito.

Mas este tipo de procedimento – o concurso público – não incorpora uma fase de qualificação dos

concorrentes, na qual a Entidade Adjudicante avalie a sua capacidade técnica e financeira (como ocorre no concurso limitado por prévia qualificação). No concurso público, para além da exigência das habilitações legais, de requisitos habilitacionais, não se pode requerer dos concorrentes determinadas capacidades técnicas e financeiras, ou seja, requisitos de qualificação. No concurso público, a escolha dos adjudicatários é feita apenas com base nas características das propostas, independentemente da apreciação da qualificação das empresas concorrentes, das suas capacidades técnicas e financeiras. Pressupõe esta forma concursal que qualquer empresa habilitada a operar no mercado apresenta as características necessárias e adequadas a prestar o serviço concursado. E nada mais pode a Entidade Adjudicante exigir com relação à capacidade técnica e financeira das empresas, esta entendida como relativa a características subjectivas dos concorrentes (e não das propostas). Não incumbe à Entidade Adjudicante, nestes casos, confirmar ou verificar a existência ou a certificação de quaisquer competências ou padrões de qualidade relativos às empresas, porquanto não existe no concurso público uma fase de qualificação. O concurso público é comumente assinalado como um procedimento aberto ou de acesso livre a todos os operadores económicos que actuam no mercado. Ou seja, tendo a Anacom adoptado como procedimento o concurso público, abdicou da apreciação da qualificação das empresas concorrentes, aceitando que a este concurso pudessem concorrer todos os operadores económicos com as habilitações legais para actuarem no mercado. Ora, não constituindo as normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004, requisitos habilitacionais, mas sendo antes relativas à qualificação técnica das empresas, não poderiam os respectivos certificados ser exigidos no ponto 6 do Programa de Concurso.

Assim, falecem as alegações da recorrente quando invoca a possibilidade de a Anacom verificar a certificação requerida, não obstante o procedimento escolhido ser um concurso público.

As autoras, ora recorrentes, discordam por considerarem que não é ilegal a exigência das certificações ISO como documentos de habilitação.

As posições em confronto partem de uma ideia comum, como se vê pelas seguintes palavras das recorrentes: “a ideia de que no concurso público simples apenas podem ser objecto de avaliação atributos das propostas que digam respeito a aspectos da execução do contrato e não já a capacidade técnica dos concorrentes recolhe o nosso apoio, o que não pensamos é que ela tenha a consequência que dela extrai o acórdão recorrido”.

Mas, dito isto, argumentam as recorrentes, em síntese, que no presente caso:

(i) o critério de adjudicação fixado foi o do preço mais baixo e a escolha do adjudicatário não pressunha qualquer valoração da capacidade técnica dos concorrentes, para além desse único atributo das respectivas propostas;

(ii) o que sucedeu foi que a entidade adjudicante entendeu que o interesse público a satisfazer com a execução do contrato exigia necessariamente que o co-contratante possuísse os certificados referentes às referidas normas ISO, documentos emitidos por entidades de certificação externa independentes e suficientes para garantir à entidade demandada que o co-contratante executaria o contrato de acordo com os *standards* daquelas normas internacionais;

(iii) quando a oferta à contratação é submetida à concorrência dos agentes económicos do espaço europeu é, desde logo, divulgada aquela exigência, em termos tais que o universo de potenciais concorrentes ficou a conhecê-la ainda antes de tomar a decisão de apresentar uma proposta;

(iv) no entanto, a exigência contida no ponto 8 do Programa do Concurso não implica que o Júri efectue qualquer actividade de valoração discricionária da capacidade técnica ou financeira dos concorrentes, ou das suas qualidades e características;

(v) decisivo na distinção entre a habilitação em sede de concurso público e a qualificação, que apenas pode ser exigida no concurso limitado, é que na habilitação está apenas em causa a certificação e na qualificação há necessariamente uma operação de avaliação;

(vi) ao contrário do que foi entendido pelo acórdão recorrido, o art. 81.º, n.º 6, do CCP atribui à entidade adjudicante a faculdade de exigir outros documentos de habilitação, para além dos compro-

vativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços em causa;

(vii) nos casos em que manifestamente inexistente a necessidade de a entidade adjudicante proceder, através do júri do concurso, a uma actividade de avaliação da capacidade técnica ou financeira dos concorrentes, mas apenas a de verificar se o co-contratante possui as certificações que garantam o cumprimento de *standards* internacionais de qualidade, mostra-se despicando exigir a adopção de um procedimento de concurso limitado por prévia qualificação;

(viii) os princípios da desburocratização, da economia procedimental, da eficiência (art. 10.º do CPA) e até da racionalidade na utilização dos recursos da Administração Pública, devem ter aqui um papel, favorecendo a interpretação de que é suficiente a exigência daqueles certificativos a título de habilitação, em sede de concurso público.

Apreciando, entendemos que, a despeito da valia da argumentação das recorrentes, a melhor interpretação é a do tribunal *a quo*, pelas razões em que se fundamenta.

Na verdade, estamos no âmbito de um procedimento para a formação de contrato em que a entidade adjudicante adoptou o tipo “concurso público” [vide art. 16.º, n.º 1, alínea b), do CCP]. Neste tipo de procedimento, de acordo com o estatuído no art. 75.º, n.º 1, do CCP, a regra é que “os factores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”.

No concurso público, em contraposição com o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação (vide art. 165.º do CCP), não são exigíveis aos concorrentes requisitos mínimos de capacidade técnica. Salvo disposição especial em contrário (vide, por exemplo, o art. 75.º, n.º 3, do CCP), qualquer operador económico pode ser concorrente (art. 53.º do CCP), desde que não se encontre em situação de impedimento (art. 55.º do CCP) e esteja legalmente habilitado a executar o contrato (art. 81.º do CCP).

Deste regime legal resulta que o concurso público é um procedimento aberto, de acesso livre, em que qualquer operador económico se pode apresentar a concurso e em que as propostas serão analisadas apenas pelos aspectos de natureza objectiva, relativos às propostas em si mesmas e à qualidade dos respectivos atributos, estando vedado à Entidade Adjudicante escolher o co-contratante em razão dos aspectos subjectivos que respeitem à qualificação técnica e/ou económico-financeira dos concorrentes.

E pode inferir-se que a opção por este tipo de procedimento, e não pelo procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, tem ínsita a ideia de que a entidade adjudicante pressupõe que para satisfazer o interesse público que determinou a decisão de contratar não são requeridas especiais competências ou experiência por parte do adjudicatário e que qualquer agente que esteja legalmente autorizado a actuar no segmento de mercado relevante, está em condições de executar o contrato a outorgar.

“Sempre que a entidade adjudicante pretenda avaliar a capacidade técnica e/ou financeira dos concorrentes, o procedimento adequado é o concurso limitado por prévia qualificação” (as palavras são de Marco Real Martins e de Miguel Assis Raimundo, in *Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação dos contratos públicos*, p. 10) (vide art. 162.º e segs. do CCP).

Deste modo, o sistema seria incoerente se permitisse que a adjudicante pudesse introduzir no regulamento de um concurso público [que, repete-se, a lei quer aberto e de acesso livre, “desinteressando-se quase totalmente do respectivo proponente” (Olazabal Cabral, “O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos da Contratação Pública*, I, p. 185)] requisitos subjectivos de participação e/ou de habilitação, atinentes à capacidade técnica e /ou financeira que limitassem o acesso dos concorrentes ou os afastassem da celebração do contrato, em detrimento do valor objectivo das respectivas propostas.

E é na unidade e coerência do sistema que encontramos a chave de leitura da norma do art. 81.º, n.º 6, do CCP. O texto da norma é o seguinte: “Independentemente do objecto do contrato a celebrar, o adjudicatário deve ainda apresentar os documen-

tos de habilitação que o programa do procedimento exija, nomeadamente, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de aquisição de serviços, quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços em causa”, repudiando a interpretação que dele faz a recorrente, no sentido de que o preceito permite à entidade adjudicante exigir documentos de habilitação reportados à capacidade técnica dos concorrentes.

Como escrevem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira (*Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, p. 484).

«Não esclarecendo a lei porém que tipo ou espécie de documentos podem ser exigidos pelos programas de procedimento, convém destacar, em primeiro lugar, não poderem ser documentos reveladores da (maior) capacidade técnica (muito menos financeira) do adjudicatário. Na verdade, se o legislador do CCP não quis que a matéria da (maior ou menor) capacidade técnica dos concorrentes fosse avaliada senão nos procedimentos com fase de qualificação – e julgamos, apenas nessa fase –, não faria sentido que pretendesse agora “abrir a janela àquilo que se quis fechar a porta”, permitindo que numa tardia fase de habilitação pudesse avaliar tal capacidade do adjudicatário, entendendo-se no entanto que tal restrição é de aplicação apenas aos contratos abrangidos pela proibição da parte final do art. 75.º, n.º 1 (art. 75.º, n.º 3).

E destaca-se, em segundo lugar, poder tratar-se de documentos da autoria do próprio concorrente (ou de terceiros que com ele se comprometem a colaborar na execução do contrato) ou então emitidos por entidades oficiais ou de certificação.

E como diz Olazabal Cabral (*ob. cit.*, p. 186):

«Note-se que, embora na legislação anterior, designadamente no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, a palavra “habilitação” fosse usada para a demonstração não apenas da habilitação legal mas igualmente da capacidade técnica e económico-financeira para a execução do contrato (cfr. artigos 67.º a 69.º do Decreto-Lei n.º 59/99) no CCP a habilitação não tem nenhuma relação com a demonstração da capacidade. Reporta-se apenas à titularidade do docu-

mento legal que permita a execução de um determinado contrato, quando seja o caso, e à demonstração de não se estar em qualquer situação de impedimento. É assim absolutamente claro que o artigo 132.º, por remissão para o artigo 81.º, n.º 6, ao permitir que o programa de concurso exija documentos de habilitação, não está a autorizar a que no concurso público se exijam requisitos de capacidade técnica e económico-financeira.

Esta opção do legislador teve na sua base a intenção de estabelecer uma distinção mais nítida entre o concurso público e o concurso limitado, de tal forma que apenas no concurso limitado se aprecie a capacidade dos concorrentes. Na opinião dos autores do CCP, o regime dos Decretos-Leis n.ºs 197/99 e 59/99 tornava o concurso público numa forma atenuada de concurso limitado, o que não lhes parecia fazer sentido. Entenderam, por isso, que seria útil traçar uma fronteira mais nítida entre os dois procedimentos».

Concluimos, pois, que, de acordo com o regime legal prevaemente do CCP (art. 51.º) está vedada à entidade adjudicante a possibilidade de incluir no programa do procedimento do tipo concurso público, a exigência de qualquer documento de habilitação reportado à capacidade técnica e/ou económico-financeira dos concorrentes.

À luz da norma do art. 81.º, n.º 6, do CCP os documentos de habilitação exigíveis são apenas os que forem demonstrativos da detenção dos requisitos legais necessários ao exercício da actividade relevante.

Adquirido isto, de regresso ao caso sujeito, importa saber se os certificados referentes às normas ISO/IEC20000:2005; ISO/IEC27001:2005; ISO9001:2008 e ISO14001:2004, exigidos como documentos de habilitação no número 8 do Programa do Concurso, são demonstrativos dos requisitos legais necessários ao exercício da actividade ou se, pelo contrário, são documentos reveladores da maior capacidade técnica dos concorrentes.

Neste ponto, não há espaço para dúvidas.

O tribunal *a quo*, lembre-se, considerou, primeiro, com base nas indicações do site <http://www.iso.org/iso/home.htm>, que “as normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004, são, como a própria recorrente alega, *standards* ou regras internacionais, que visam certificar que as em-

presas possuem determinadas práticas, procedimentos, instrumentos ou têm implementados certos sistemas e formas de organização interna que lhe conferem determinadas competências”, isto é, que são certificações que visam “garantir determinados padrões de qualidade das empresas” e, segundo, que “para operar no mercado português e designadamente para fornecer os serviços postos a concurso, a lei não obriga a que as empresas sejam possuidoras dos certificados acima referidos”.

Estas proposições são exactas e aceites pelas recorrentes.

Dito isto, impõe-se concluir que, como judiciosamente julgou o acórdão recorrido, é ilegal, por violação do art. 81.º do CCP, a exigência, incluída na parte final do n.º 8 do Programa do Concurso, de apresentação, em sede de habilitação, de comprovativos da certificação das empresas concorrentes pelas normas de qualidade ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004 (*vide*, a respeito, Marco Real Martins e Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 20).

E contra este entendimento é vã a invocação dos princípios da desburocratização, da economia procedimental, da eficiência e da racionalidade na utilização dos recursos da Administração Pública. Esses princípios não são incompatíveis com as soluções normativas expressamente consagradas no CCP. Ao contrário, a previsão e regulação de procedimentos diferenciados, mais simples ou mais complexos, mais céleres ou mais demorados, mais ou menos exigentes quanto à capacidade técnica e/ou económico-financeira dos concorrentes adaptáveis aos diferenciados interesses públicos a satisfazer, dão concretização àqueles princípios. No caso concreto não há justificação racional para, em nome deles, afastar a aplicação da lei expressa. A entidade adjudicante, podendo escolher o procedimento do concurso limitado por prévia qualificação, optou pelo concurso público. Ponderou, por certo, ser esse o procedimento mais adequado ao interesse público. Sendo assim, não há porque não cumprir as respectivas regras.

Deste modo, por todo o exposto, improcede o recurso principal.

### 2.2.3. Do recurso subordinado

As contra-interessadas, ora recorrentes subordi-

nadas, delimitam o objecto deste outro recurso, nos seguintes termos: «revogação do acórdão na parte em que decidiu anular “a deliberação da CA da Anacom de 20/10/2011, que decidiu declarar a não caducidade da adjudicação à empresa B., SA, do Concurso Público para a implementação e Gestão de Sistema de Informação Centralizado”».

O tribunal *a quo*, depois de, como já se disse, ter considerado ilegal a norma do n.º 8 do Programa do Procedimento, anulou a deliberação do CA da Anacom de 20/10/2011, que decidiu “declarar a não caducidade da adjudicação à empresa B., SA, do Concurso Público para a Implementação e Gestão de Sistema de Informação Centralizado”

Entendeu que, a despeito de o ponto 8 do Programa do Procedimento ser ilegal, a decisão da entidade demandada de desaplicar essa norma do Programa e, por via disso, não declarar a caducidade da adjudicação, era, por sua vez, também ela, um acto administrativo ilegal, por violação dos princípios da estabilidade das regras concursais, da boa-fé, da tutela da confiança, da auto-vinculação administrativa, da igualdade e da concorrência.

Transcreve-se o essencial da fundamentação do acórdão, nesta parte:

«(...) Após adjudicação ao Consórcio formado pelas contra-interessadas, a Anacom verificou que os membros do agrupamento não dispunham individualmente de todos os referidos certificados ISO e acabou por tomar a decisão impugnada nesta acção, de não declarar a caducidade da adjudicação, considerando que a exigência do ponto 6 do Programa de Concurso violava o art. 81.º, n.º 6, do CCP. E manteve, portanto, o acto de adjudicação.

Ora, tal deliberação, sem dúvida que altera as regras fixadas no ponto 6 do Programa do Concurso.

Quer ao publicitar tal Programa, quer, depois, ao prestar os esclarecimentos acima mencionados, a Anacom informou o mercado que pretendia que as empresas concorrentes apresentassem a certificação ISO/IEC20000:2005; ISO/IEC27001:2005; ISO9001:2008 e ISO14001:2004.

E terá sido no pressuposto dessa exigência que as várias empresas a actuar no mercado se terão apresentado no concurso, ou, ao invés, terão optado por não participar, nomeadamente por não serem

titulares daquela certificação, que julgaram ter de apresentar, caso lhes fosse adjudicada a prestação de serviços.

Por conseguinte, ao considerar, só após a adjudicação, que a regra constante do ponto 6 do Programa de Concurso era ilegal por violar o art. 81.º, n.º 6, do CCP, mas mantendo a adjudicação ao Consórcio constituído pelas ora contra-interessadas, violou a Anacom os princípios da estabilidade das regras concursais, da boa-fé, da tutela da confiança, da auto-vinculação administrativa, da igualdade e da concorrência. Pois, como refere a recorrente, com tal comportamento a Anacom não só alterou as regras pré-definidas, como terá condicionado o mercado e operado uma potencial ou efectiva restrição do universo de potenciais concorrentes.

O afastamento ou a não aplicação da exigência contida no ponto 6 do Programa do Concurso constituiu, na prática, uma alteração das regras do concurso. Essa alteração foi relativa a uma exigência que se indicou como de “habilitação” das empresas. Ao publicitar o concurso, a Anacom informou o mercado que sem a certificação ISO indicada naquele ponto 6 considerava que as empresas concorrentes não estariam em condições de serem habilitadas. E confirmou tal informação em sede de esclarecimentos prestados aos concorrentes. Portanto, aquela exigência foi publicitada como um aspecto fundamental das peças do concurso. Consequentemente, a indicada exigência terá condicionado as empresas a operar no mercado, pressupondo-se que só poderiam ficar habilitados no concurso aquelas que fossem titulares da requerida certificação.

Ao afastar aquele ponto, já depois da adjudicação, a Anacom acaba, assim, por alterar as determinações das peças do concurso, retirando uma exigência antes publicitada, violando os princípios da estabilidade das regras concursais, da boa-fé, da tutela da confiança e da auto-vinculação administrativa (a este propósito, cf. Acs. do STA n.º 760/11, de 9/5/2012, e n.º 168/2004, de 16/2/2006, e do TCA Sul n.º 4950/09, de 30/9/2010, in *www.dgsi.pt*; cf., também, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Jurídica à Juridicidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, p. 979; Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo de Esteves de Oli-

veira, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, pp. 191, 211 e 329; Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pp. 318 e 324; Alexandra Leitão, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pp. 205 a 208).

Decorre da aplicação conjugada dos arts. 50.º, n.º 3 e 79.º, n.ºs 1, alínea c), 2, 130.º, 132.º, n.º 1, alínea f), do CCP, que as peças do concurso, nos seus aspectos fundamentais, para além das rectificações a efectuar até ao termo do segundo terço do prazo para a apresentação das propostas, não-de manter-se estáveis. Caso tenham de ser alteradas “por circunstâncias imprevistas (...) após o termo do prazo para a apresentação das propostas” fica a Entidade Contratante obrigada a não adjudicar e a dar início a um novo procedimento no prazo máximo de seis meses a contar da decisão de não adjudicação (cf., ainda, artigos 80.º e 99.º do CCP; cf. também Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concurso e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, pp. 211 e 329 e 330).

Assim, após julgar ilegal o estabelecido no ponto 6 do Programa de Concurso, não poderia a Anacom ter-se limitado a não declarar a caducidade da adjudicação, aproveitando todos os actos de concurso já praticados.

Em obediência aos indicados princípios, a Anacom era obrigada a repetir o concurso desde o momento da sua publicitação. Pois só essa repetição garantia que não seriam violados os princípios acima mencionados.

As adjudicatárias, ora recorrentes subordinadas, discordam, alinhando, contra a decisão os seguintes argumentos essenciais:

(i) não houve violação dos princípios mencionados no acórdão, porque se baseia no raciocínio meramente hipotético de que várias empresas a actuar no mercado terá optado por não participar, por não serem titulares da certificação ISO e esse juízo hipotético não pode servir de fundamento à decisão judicial, até porque “tratando-se de operadores económicos dispondo do apoio de estruturas administrativa e jurídicas sólidas, os mesmos sabem ou podiam facilmente saber com um mínimo de dili-

gência que essa exigência era ilegal”;

(ii) o princípio da legalidade e da auto-vinculação, este balizado pelo princípio da legalidade, impunham a solução – a única legalmente possível – de não exigir documentos comprovativos da certificação ISO e conseqüentemente de não excluir as empresas ora recorrentes do concurso;

(iii) a adjudicação era um acto vinculado e, nesse domínio, os princípios invocados não são juridicamente relevantes:

(iv) “o art. 51.º do CCP, ao dispor que as normas constantes do presente Código relativas à fase de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes, impõe, como é evidente, que existindo regras ilegais nas peças do procedimento, devem as mesmas ser desaplicadas e o procedimento prosseguir os seus termos”;

(v) em sentido contrário ao da decisão militam, de forma especialmente relevante, os princípios da celeridade (art. 57.º do CPA), da decisão (art. 9.º do CPA), da desburocratização e eficiência (art. 10.º do CPA), da informalidade procedimental (art. 10.º do CPA), da proporcionalidade (art. 5.º do CPA), da prossecução do interesse público (art. 4.º do CPA) e do aproveitamento dos actos administrativos (arts. 51.º e 283.º, n.º 4, do CCP).

Apreciando, adiantamos que, pelas razões nele enunciadas, também nesta parte o acórdão recorrido decidiu com acerto.

Obtida a certeza de que a exigência de comprovativos de certificações ISO, contida no n.º 8 do Programa do Concurso, é ilegal, por violação do regime prevalente do CCP (art. 51.º), fica por resolver a questão de saber quais são as consequências de tal ilegalidade, mormente se: (i) deve, pura e simplesmente, desaplicar-se aquele segmento do n.º 8 do Programa do Concurso, passando-lhe um traço por cima, prosseguindo o procedimento como se o mesmo não existisse, como decidiu a entidade adjudicante e defendem as adjudicatárias, ora recorrentes, ou (ii) se a ilegalidade implica a anulação do concurso público e o início de um novo procedimento.

Em sintonia com o acórdão recorrido que assim decidiu, entendemos que, no caso concreto, a solução legal passa pelo início de um novo procedimento.

É certo que o programa do concurso é um regulamento (art. 41.º do CCP) e que havendo, como há, antinomia normativa entre as normas do regulamento (programa do concurso) e as normas do CCP, compete à entidade adjudicante efectuar um autocontrolo do regulamento que ela própria elaborou e repor a legalidade, desaplicando a norma do programa do concurso que desrespeita o princípio da hierarquia normativa (arts. 112.º e 266.º, n.º 2, da CRP) (assim, Ana Raquel Gonçalves Moniz, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, p. 701).

Todavia, “o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos exige (...), enquanto expressão da igualdade e da imparcialidade, que essa desaplicação da norma regulamentar inválida seja acompanhada da sua revogação simples, ou em alternativa, da sua substituição por uma nova norma conforme ao parâmetro normativo a que deve obediência” (citação de Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Jurídica à Juridicidade*, p. 692).

O que significa que, no caso concreto, tratando-se de um regulamento *ad hoc* (Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *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, n.º 1, alínea b), do CCP], num dos seus aspectos 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, n.ºs 1, alínea 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, n.º 4, do CCP), pois que, como bem ajuizou o acórdão recorrido, não é objectivamente demonstrável que, no caso de ser conhecida de antemão a alteração que veio reduzir as condições a preencher pelo adjudicatário na fase de ha-

bilitação, 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 acto, 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, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, p. 329).

A mais disso, no caso concreto, não se descortinam razões para outra solução. Não se conhecem motivos de celeridade (urgência) e/ou outros relativos à prossecução do interesse público que justifiquem, em qualquer medida, a compressão dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência.

### 3. Decisão

Pelo exposto, acordam em negar provimento aos recursos.

Custas pelas recorrentes.

Lisboa, 30 de Janeiro de 2013.

António Políbio Ferreira Henriques (*Relator*) –  
Américo Joaquim Pires Esteves – Alberto Augusto Oliveira

### Anotação

1. O acórdão que me compete anotar tem a particularidade feliz de decidir de forma que considero correta as duas grandes questões que lhe cabia decidir: a (im)possibilidade de exigência de um certificado ISO <sup>(1)</sup> como documento de habilitação, e as consequências, no procedimento, de se con-

<sup>(1)</sup> As normas ISO são um grupo de “standards ou regras internacionais [criadas pela International Organization for Standardization], que visam certificar que as empresas possuem determinadas práticas, procedimentos, instrumentos ou têm implementados certos sistemas e formas de organização interna, que lhes conferem determinadas competências” (definição constante do acórdão em anotação). Os certificados ISO atestam o cumprimento dessas normas.

cluír que tal requisito constante do programa de concurso corresponde a uma exigência ilegal. É, assim, sobre esse pano de fundo de um acórdão que constitui boa jurisprudência face ao quadro legal em vigor, que me incumbe tecer algumas considerações sobre os dois temas referidos.

#### A. Dos requisitos de qualificação e de habilitação

2. O presente acórdão debruça-se, na primeira parte, sobre uma questão que, na economia do Código dos Contratos Públicos (CCP), se revela importante: a distinção entre requisitos de qualificação e requisitos de habilitação. A importância da mesma decorre não tanto de a qualificação de um candidato ser aferida em momento procedimental distinto do da sua habilitação (tendo todos os candidatos de demonstrar a respetiva capacidade para a execução do contrato, e apenas o adjudicatário de comprovar a respetiva habilitação) mas, sobretudo, de o CCP ter optado por não permitir que no concurso público se exijam quaisquer requisitos de capacidade aos concorrentes (ao contrário do que sucedia no regime anterior) <sup>(2)</sup>. O concurso público não tem, assim, qualquer momento de qualificação, mas apenas de habilitação.

Do meu ponto de vista, o critério de distinção entre uns requisitos e outros não é tanto o do tipo de juízo que se tem de fazer (supostamente certificativo, no caso da habilitação, e avaliativo, no caso da qualificação), mas antes o de saber se o requisito em causa respeita a uma exigência legal para a execução do contrato, ou a um requisito que é a própria entidade adjudicante que entende como necessário, ou útil, para a boa execução do contrato. Todos os requisitos que se reconduzam a este último conjunto são considerados pelo Código requisitos relativos à qualificação, pelo que só podem ser solicitados em procedimentos em que se avalie a capacidade dos interessados. Note-se que no acórdão em anotação estava em causa um requisito cuja verificação dependia apenas de um juízo certificativo – verificar se o concorrente tinha, ou não, os certificados ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008

<sup>(2)</sup> Distinguindo pormenorizadamente os dois tipos de documentos, Cfr. MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação dos contratos, [www.estig.ipbeja.pt](http://www.estig.ipbeja.pt), amplamente citado pelo Ministério Público, no parecer dado neste processo, e transcrito no acórdão em anotação.

e ISO14001:2004 exigidos no programa de concurso – o qual, porque não correspondia a uma exigência legal para a execução do contrato, não poderia ser considerado [como afirmou o Supremo Tribunal Administrativo (STA)] um documento relativo à habilitação (tratando-se, antes, de um requisito de qualificação).

3. Como bem se sabe, a noção de habilitação do CCP é estruturalmente diferente daquela que vigorava antes da sua entrada em vigor. Então “confundia-se” habilitação com qualificação, como se conclui quando se leem os arts. 67.º a 69.º do DL n.º 59/99, de 2/3. No CCP, habilitação corresponde à verificação da inexistência de uma situação de impedimento para contratar, bem como da titularidade dos requisitos legais para execução de um determinado contrato, pelo adjudicatário. Desta forma, os requisitos de habilitação não dependem da vontade da entidade adjudicante (como sucede no caso dos requisitos de qualificação) mas resultam da lei: esta é, aliás, uma boa forma de aferir se um determinado requisito solicitado num programa de concurso como sendo um requisito de habilitação o é verdadeiramente <sup>(3)</sup>.

4. Assim, desde 2008, se num concurso público, sob a veste de um requisito de habilitação, se exige a demonstração de uma determinada capacidade para a execução do contrato, está-se a violar as próprias regras procedimentais, transformando de alguma forma, na “lógica” do CCP, o concurso público num concurso limitado <sup>(4)</sup>. Como se sabe, o CCP quis estabelecer uma distinção mais radical entre estes dois tipos de procedimento e entendeu que no concurso público se deveria prescindir de qualquer

<sup>(3)</sup> Isso é assim quer no que se refere aos requisitos de habilitação referentes aos impedimentos, os quais estão estabelecidos taxativamente no Código dos Contratos Públicos, quer relativamente aos restantes requisitos de habilitação.

<sup>(4)</sup> Afigura-se-me que não têm razão MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA ao afirmarem que esta impossibilidade de os documentos exigidos para habilitação não poderem ser documentos relativos à maior ou menor capacidade “é de aplicação apenas aos contratos abrangidos pela proibição da parte final do artigo 75.º/1 (artigo 75.º/3)” – in Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Pública, Almedina, 2011, p. 484. Na verdade, uma coisa é a possibilidade de considerar como fatores de avaliação aspetos relativos à capacidade dos concorrentes (que só existe nos casos dos contratos abrangidos pelo art. 75.º, n.º 3), e outra é transformar estes aspetos em requisitos de habilitação, o que me parece que, em qualquer caso, o CCP impede.

*exigência de capacidade. Afirmei já que tenho algumas dúvidas de que esta noção de concurso público cumpra aquilo que as diretivas de 2004 pretendem para um procedimento aberto* <sup>(5)</sup>. *Essas dúvidas mantêm-se face ao teor das diretivas de 2014. De facto, na diretiva relativa aos contratos públicos – Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2/2014 (cujo prazo de transposição termina em 18/4/2016)* <sup>(6)</sup> –, *no art. 27.º, sob a epígrafe “concurso aberto”, determina-se que “[a] proposta deve ser acompanhada das informações solicitadas para efeitos de seleção qualitativa pela autoridade adjudicante” (sendo certo que entre os requisitos de seleção qualitativa, nos termos do art. 58.º, se encontram os requisitos de capacidade e os de habilitação profissional). Claro é, assim, que a distinção que a diretiva faz entre concurso aberto e concurso limitado não corresponde à distinção que o CCP estabelece entre concurso público e concurso limitado. Uma vez que as diretivas e o CCP permitem a livre escolha entre concurso público e limitado, a questão que se coloca é tão-só a de saber se as diretivas não pretenderiam que também nos concursos abertos (nossos concursos públicos) fosse feita uma “seleção qualitativa”. Em qualquer caso, face ao teor das diretivas de 2014, a resposta não é clara, desde logo por, eventualmente, tal seleção se poder limitar a aspetos relativos à habilitação profissional (como sucede no nosso Código).*

5. *Mais relevante que isso, no entanto, é saber se a opção do Código dos Contratos Públicos faz sentido. Julgo que o litígio decidido no acórdão em anotação mostra bem porque se suscita tal dúvida. No caso em apreço, aquilo que resulta dos documentos concursais é que a única preocupação que a entidade adjudicante tinha quanto à capacidade da entidade que viesse a executar o contrato era a de que esta possuísse determinados certificados que atestassem o cumprimento das normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO14001:2004. Como se pode ler no acórdão, estas normas são “standards ou regras internacionais, que visam certificar que as empresas possuem determinadas práticas, procedimentos, instrumentos ou têm implementados certos sistemas e formas de or-*

*ganização interna, que lhes conferem determinadas competências”. Afigura-se que a exigência destes certificados constituía uma pretensão legítima da entidade adjudicante. Temos de admitir também que a mesma poderia corresponder à forma mais adequada de garantir a prossecução do interesse público a cargo do ICP-Anacom, relativamente ao contrato em questão, pois destinava-se a garantir que o contrato seria corretamente executado. Ora, o que o CCP faz é remeter a entidade adjudicante, num caso como este, para o concurso limitado, procedimento mais demorado e pesado que o de concurso público. Admito até que, face aos constrangimentos de tempo com que as entidades adjudicantes normalmente se confrontam, e tendo em conta o CCP, a opção, em situações destas, tenha passado a ser, muitas vezes, a de prescindir dos certificados ISO – ou de outro qualquer requisito de qualificação que se considerara necessário para garantir a correta prossecução do interesse público – para poder optar pelo concurso público. Fará sentido? Preferiria uma opção legislativa que não obrigasse inutilmente a um procedimento mais pesado, quando um procedimento mais leve de concurso público, no qual se pudesse solicitar o requisito referido, seria perfeitamente adequado. Parece-me que se ganharia se se prejudicasse a clareza da distinção entre concurso limitado e concurso público, que o CCP pretendeu instituir, e se admitisse alguma possibilidade de apreciar requisitos de capacidade neste último. Note-se que, uma vez que o CCP permite uma livre opção entre um procedimento e outro, esta divisão entre os dois tipos procedimentais não traz nada de materialmente relevante, mas apenas obriga, em muitos casos, a um procedimento com duas fases, quando um concurso com uma fase seria apropriado. Voltando a um tema que me é caro (com a esperança de que de jure constituendo se possa caminhar para aí), esta questão específica entronca na questão mais ampla que constitui a opção muito regulamentadora e rígida do CCP, no que toca aos diversos procedimentos pré-contratuais, em detrimento de uma outra, que me parecia melhor, de estabelecer menos regras reguladoras de cada procedimento, deixando maior abertura e flexibilidade para que os procedimentos se pudessem adequar à realidade. Neste sentido, este acórdão constitui jurisprudência correta num quadro legislativo menos feliz, que privilegia a distinção formal dos procedimentos, em detrimento da sua adequação procedimental.*

<sup>(5)</sup> In “O Concurso público no Código dos Contratos Públicos”, Estudos de Contratação Pública, I, Almedina, 2008, p. 187.

<sup>(6)</sup> In Jornal Oficial da União Europeia L 94, de 28/3/2014.

6. Acresce que esta questão suscita outros problemas: imagine-se que a entidade adjudicante, face ao problema levantado, mantinha a escolha do concurso público para celebrar o contrato e prescindia da exigência de entrega, como documento de habilitação, dos certificados ISO aqui em causa, mas continuava a exigir, no caderno de encargos, que qualquer empresa que executasse trabalhos referentes ao contrato em questão teria de ser titular desses certificados. Tratar-se-ia, parece, de uma fraude à lei. Mas será verdadeiramente ilegal transformar um requisito de capacidade num requisito de execução do contrato, só controlado nesta sede? Diria que assim será se se tratar de um requisito relativo à capacidade da entidade com quem se contrata, sem uma relação concreta com a execução do contrato. Se se pretende uma empresa com determinada experiência, ou com determinadas certificações, isso mesmo terá de ser verificado em sede procedimental, ou seja, no concurso limitado. Trata-se, nesse caso, de requisitos que limitam o número de entidades que podem executar o contrato (delimitam o “perímetro” daquelas que podem executá-lo), pelo que essa verificação tem de ser feita em sede de procedimento pré-contratual, não fazendo sentido que o seja apenas no momento de execução do contrato. Diferente é a situação no caso de estarem em causa requisitos relativos à capacidade que não dizem diretamente respeito à empresa em si mesma, mas antes ao modo de execução daquele contrato: um chefe de equipa com determinada experiência, uma equipa com um determinado número de licenciados e de mestres, etc. Aí sim, e desde logo face a uma errada jurisprudência que proíbe que se avaliem esses fatores em sede de critério de adjudicação (entendendo que se trata sempre de requisitos relativos aos concorrentes e não às propostas), parece admissível que essas exigências apareçam simplesmente como relativas à execução do contrato (7).

(7) Como se sabe, estas considerações suscitam um outro tema, muito polémico na sequência do acórdão Lianakis (Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia de 24/1/2008, proc. C-532/06), que é o da possibilidade de requisitos relativos à equipa a afetar aos serviços serem tratados como aspetos da proposta que podem ser fatores de avaliação em sede de critério de adjudicação. As novas diretivas trazem a este propósito uma abertura desejada – cfr. art. 67.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2014/24/UE.

## **B. Da ilegalidade das peças do procedimento e do disposto no art. 51.º do CCP**

7. O segundo tema tratado pelo acórdão em anotação diz respeito às consequências da ilegalidade de uma norma do programa do concurso (ou, em termo mais gerais, das peças do procedimento) (8). Quid juris se, durante o procedimento ou depois deste concluído, se constata que uma determinada norma do respetivo programa viola o Código dos Contratos Públicos? Aparentemente este Código resolve a questão, ao estabelecer que “[a]s normas constantes do presente Código relativas à fase de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes” (art. 51.º). Desta forma, face a uma exigência ilegal do programa de concurso – no presente caso, a exigência dos certificados ISO como documentos de habilitação – dever-se-ia desaplicar a norma em questão (o que significa ter a mesma por não escrita), respeitando, em alternativa, o regime do CCP, ou seja, no nosso caso, a regra que apenas permite que se solicitem como documentos de habilitação aqueles que sejam legalmente exigidos para a execução do contrato. E, dessa forma, tais documentos não seriam requisitos de habilitação do adjudicatário no procedimento em questão. Dir-se-ia que, no caso de o programa de concurso conter uma exigência contrária à decorrente do CCP, o procedimento deveria prosseguir respeitando o que constasse deste Código. Veja-se, neste sentido, o Ac. 20/2010, de 6/7/2010 (9), no qual se colocou uma questão de errada indicação no programa de concurso do prazo para solicitação de esclarecimentos (embora não fosse questão decisiva para o sentido do acórdão). O Tribunal de Contas não hesitou em dizer que “havendo divergência entre o estipulado pelo artigo 5.º, n.º 1, do programa do procedimento e o fixado pelo dito artigo 50.º, n.º 1, do CCP,

(8) No caso em apreço a ilegalidade verifica-se no programa de concurso. Grande parte das questões colocadas no texto tem os mesmos contornos quer se trate de norma inválida do programa de procedimento, quer se trate de disposição ilegal do caderno de encargos, desde que esteja em causa disposição inválida deste que se detete no âmbito do procedimento pré-contratual. Assim, no texto referir-me-ei mais vezes ao programa de concurso mas aquilo que afirmar aplicar-se-á, regra geral, também ao caderno de encargos.

(9) O acórdão pode ser consultado em [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt) e igualmente no Observatório da Contratação Pública ([www.contratacao-publica.com.pt](http://www.contratacao-publica.com.pt)).

prevalece o disposto no artigo 50.º, n.º 1, do CCP, de harmonia com o que estabelece o artigo 51.º do mesmo Código”. E desta “prevalência” decorria, segundo o Tribunal, que o concorrente deveria ter contado o prazo nos termos previstos no CCP e respeitado esse prazo. Era isso mesmo o que pretendia a adjudicatária no nosso caso, defendendo que “existindo regras ilegais nas peças do procedimento devem as mesmas ser desaplicadas e o procedimento prosseguir o seu curso” (10).

8. Note-se que esta interpretação surge da própria redação da norma. O legislador não se limitou a estabelecer que as peças do procedimento devem respeitar o disposto no CCP. Aliás, a mera submissão das peças do procedimento, em especial do programa de concurso, ao CCP não necessitaria de qualquer norma legal: o programa de concurso, como o próprio CCP refere (art. 41.º), tem carácter regulamentar, e, na hierarquia das fontes de direito, a lei é superior ao regulamento administrativo. Assim, na ausência de uma norma no CCP sobre este tema, presumir-se-ia o carácter imperativo das suas normas, e o dever de os programas de procedimento as respeitarem. Ao utilizar a expressão “as normas constantes do presente Código (...) prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes”, o legislador parece ter querido ir mais longe, e ter pretendido garantir que, independentemente da ilegalidade das peças do procedimento, os procedimentos e os contratos “seguiriam o seu curso” no respeito pelas normas dele constantes. O texto da norma legal permite, ou até, favorece uma interpretação, e aplicação, como aquela que o acórdão – e bem – rejeitou (11).

(10) No Ac. do STA de 22/9/2011, P. 533/11, entendeu-se que se devia desaplicar a norma do programa de procedimento, e aplicar as normas do CCP, mas a questão a decidir era distinta da que nos ocupa, sendo relativa a acordos quadro e a sucessão de leis no tempo: “E, em sentido contrário, não vale a invocação de que o PC daquele concurso público indica o art. 86.º, n.º 1, alínea b), do DL n.º 197/99 como aplicável aos procedimentos aquisitivos por ajuste directo ao abrigo do acordo-quadro em causa. Com efeito, a aplicabilidade daquela norma do CCP, em prejuízo dos preceitos regulamentares do concurso, decorre do princípio da preferência de lei (art. 266.º, n.º 2, da CRP), que veda à administração que contrarie o direito vigente que, em caso de conflito, preferirá ao acto de administração em causa (Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, Tomo I, 2.ª ed., p. 157)”.

(11) Independentemente do rigor terminológico do preceito em causa, bem contestado por ANA RAQUEL MONIZ, “As peças do procedimento”, Estudos de Contratação Pública, IV, Pedro Gonçalves (org.), Coimbra Editora, 2013, em especial pp. 124 a 126.

9. A norma em questão constituiria, assim, uma exceção ao princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, ou, como prefere ANA RAQUEL MONIZ, da autovinculação regulamentar (12). Numa outra formulação que me parece a correta, e uma vez que é o órgão competente para aprovar o programa de procedimento que tem de tomar a decisão de respeitar, ou não, as suas disposições, o art. 51.º do CCP teria o sentido de indicar a tal órgão que, face a uma ilegalidade de uma norma das peças do procedimento, deveria desaplicá-la e seguir a do CCP que fosse equivalente, mantendo o programa em que ela se inseria e o procedimento por ele regulado, em detrimento de qualquer das duas outras opções teoricamente possíveis. Seriam essas opções as seguintes: a primeira seria a de aplicar tal norma, ainda que ilegal porque enquanto autor a ela se autovinculara – o que me parece que seria sempre de recusar, mesmo na ausência do art. 51.º, dado o princípio da supremacia da lei relativamente ao regulamento (13); e a segunda opção seria de não aplicar a norma e, em seguida, não adjudicar por necessidade de revogar o programa de procedimento que continha tal norma ilegal (14).

(12) O tema foi desenvolvidamente tratado pela Autora na sua dissertação denominada A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez, Almedina, 2012. Cfr. também, da mesma Autora, “Pode a Administração desaplicar regulamentos inválidos? Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª secção), de 17.1.2013, P. 691/12”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 105, Maio/Junho, 2014, p. 38. A Autora trata expressamente da questão aqui em apreço, mas, por recusar carácter regulamentar aos programas de concurso, não o faz à luz da teoria da inderrogabilidade singular dos regulamentos, em “As peças do procedimento”, citado na nota anterior.

(13) Não me parece que se possa ler o art. 51.º como pretendendo apenas clarificar este aspeto (ou seja, tratando apenas de estabelecer a não vinculação a normas regulamentares ilegais). O preceito em causa diz mais do que isso, e o verbo “prevalecer” só pode ter o sentido de determinar a aplicação da norma “equivalente” do CCP.

(14) O CCP não pretê nunca a “anulação do procedimento”, preferindo referir-se a causas de “não adjudicação do contrato” [o que BERNARDO AZEVEDO afirma ser mais correto do ponto de vista dogmático, in “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, Estudos de Contratação Pública, II, Pedro Gonçalves (org.), Coimbra Editora, 2010, pp. 239 e 240]. Em caso algum o CCP se refere à não adjudicação por necessidade de revogação do programa de procedimento por ilegalidade, porventura porque o legislador entendeu que o art. 51.º resolveria esse problema, “salvando-se” o procedimento (e o respetivo programa).

10. A nossa jurisprudência tem afirmado que no nosso ordenamento jurídico, e salvo determinadas exceções, vigora o princípio de que a Administração não pode desaplicar normas regulamentares ilegais <sup>(15)</sup>. Este princípio baseia-se nos efeitos negativos que a recusa de aplicação pode comportar para os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé. ANA RAQUEL MONIZ, que não acompanhará integralmente esta jurisprudência, reconhecendo os problemas que a recusa de aplicação de normas regulamentares ilegais coloca, defende que a recusa, ou não, de aplicação de regulamentos ilegais “implica um juízo de ponderação a efetuar pelo decisor, face ao caso concreto, decidindo o que se lhe depara, na procura de harmonização possível entre os diversos valores potencialmente conflituantes”, e acrescenta que para essa ponderação devem ser convocados os “dois princípios que se prestam à ponderação de valores jurídicos: o princípio da proporcionalidade e o princípio da concordância prática” <sup>(16)</sup>. No caso dos programas de procedimento *dir-se-ia*, face ao teor do art. 51.º, que o legislador fez essa ponderação *ex ante*, tendo optado pelo “aproveitamento” dos procedimentos com normas ilegais, em detrimento dos demais princípios jurídicos afetados. Estabelecida a regra legal de “derogabilidade singular das normas dos programas de procedimento”, e de aplicação substitutiva das normas do CCP correspondentes, aos aplicadores não caberia já fazer qualquer juízo de proporcionalidade ou concordância prática <sup>(17)</sup>.

11. Os juízes do STA perceberam, no entanto, que a aplicação linear desta disposição legal leva a consequências que põem em causa os próprios princípios estruturantes dos procedimentos pré-contratuais, nos quais avulta o princípio da igualdade. Não aprofundam o tema, mas escolhem um caminho que os leva a concluir que a desaplicação da norma do programa de procedimento determina a alteração desse programa num aspeto essencial, o que, nos termos do Código, não pode ocorrer depois da

apresentação das propostas. Uma vez que, no caso em apreço, a questão se colocou depois da apresentação das propostas, não seria já possível que prevalecesse a norma do CCP. Parece-me incontroversa a conclusão do Tribunal de que a desaplicação de uma norma do programa de procedimento implica uma alteração do mesmo, e não me parece sequer necessário o raciocínio que o Tribunal faz, a propósito dos regulamentos *ad hoc*, para chegar a ela. A verdade é que, quer a desaplicação seja acompanhada pela aplicação de norma do CCP em sentido diverso da norma derogada, quer seja simplesmente uma “ausência” de aplicação de uma norma, em qualquer caso, trata-se de aplicar regras procedimentais distintas daquelas que constavam do programa de procedimento patenteado.

12. O passo que o STA dá, em seguida, para concluir pela inadmissibilidade de “salvar” este procedimento – conclusão com a qual concordo –, beneficiaria com uma outra fundamentação. O caminho seguido pelo STA é o de considerar aqui aplicável o disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 79.º do CCP, nos termos do qual quando “[p]or circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento, após o termo do prazo fixado para apresentação de propostas” não haverá lugar à adjudicação. Esta via de decisão coloca algumas questões. Uma primeira é o facto de a ilegalidade da norma procedimental não poder ser considerada como uma “circunstância imprevista” para os efeitos da referida disposição legal. A alínea c) do n.º 1 do art. 79.º refere-se a circunstâncias novas que a entidade adjudicante não ponderou, nem tinha obrigação de ponderar, aquando do lançamento do procedimento. A ilegalidade da norma que ela própria aprovou não tem seguramente essa natureza, sendo certo que a entidade adjudicante tem o dever de aprovar peças de procedimento que estejam de acordo com a lei. Trata-se, por isso, quando muito, de uma aplicação analógica. Por outro lado, o STA nada diz sobre o facto de o seu raciocínio não corresponder a uma simples interpretação do art. 51.º mas praticamente inutilizar esta disposição. O que decorre desta jurisprudência do STA é que as normas do CCP só prevalecerão sobre normas ilegais de peças do procedimento, nos casos em que as disposições a desaplicar não respeitem a aspetos essenciais de tais peças, ou naqueles em que sejam detetadas, e corrigidas, antes da apresentação das propostas. Ora, para este segundo grupo nem sequer era preciso que exis-

<sup>(15)</sup> Vejam-se os Acs. do STA, de 21/3/2013, P. 1239/12, e de 7/6/2006, P. 1260/05. Em sentido diverso, do mesmo Tribunal, cfr. Ac. de 2/4/2008, P. 1418/03.

<sup>(16)</sup> In A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez, cit., pp. 684 e 685.

<sup>(17)</sup> Parece ser também essa a posição dos juízes do Tribunal de Contas no acórdão referido (embora não desenvolvam o tema).

tisse o art. 51.º, uma vez que a entidade competente poderia sempre alterar as peças do procedimento, quando detetasse alguma ilegalidade, nos termos dos arts. 50.º, 61.º e 64.º do CCP. Aliás, essa alteração, quando respeite a aspetos essenciais das peças do procedimento, deve dar lugar a uma prorrogação do prazo para apresentação de propostas, consequência que me parece impor-se também quando essa alteração seja fruto de uma ilegalidade de tais peças. Sucede que a pura e simples aplicação do art. 51.º omitiria essa necessidade. No que se refere a ilegalidades em aspetos não essenciais, estamos a falar de uma categoria que, por si só, dificilmente justificaria uma norma como o art. 51.º, já que só inclui ilegalidades que não afetem o funcionamento do procedimento, nem os direitos e interesses legítimos dos que neles participam ou podem ter interesse em participar.

**13.** Julgo que a não aplicação do art. 51.º em situações como a que é objeto do acórdão aqui comentado não se funda no regime do art. 79.º, mas nos princípios que o próprio STA refere a seguir: “qualquer outra solução faria perigar os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência (art. 1.º, n.º 4, do CCP)”. Neste sentido, mais do que procurar em qualquer norma do próprio Código a base legal para que este procedimento tenha de ficar sem adjudicação, a resposta a dar deve fundar-se na necessidade de interpretar o art. 51.º em conformidade com os princípios estruturantes dos procedimentos pré-contratuais que proibem uma “alteração das regras a meio do jogo” (dos quais decorre, aliás, o chamado princípio da estabilidade das peças do procedimento). Estes princípios, cujo desrespeito põe em causa os próprios procedimentos, obrigam a interpretar restritivamente o referido art. 51.º (muito restritivamente, é certo). As normas do CCP só podem prevalecer em concreto sobre as normas de um programa de procedimento quando isso não afete os princípios que estruturam os procedimentos pré-contratuais em que exista concorrência, em especial o princípio da igualdade, e em termos que não o prejudiquem (o que obrigará em alguns casos, como vimos, à prorrogação do prazo de apresentação de propostas).

**14.** Não terá o legislador ponderado estes aspetos quando aprovou a norma em questão? Julgo que esta norma se insere numa opção do CCP de, de alguma forma, desvalorizar os programas de procedimento como

disciplinadores dos procedimentos e enfatizar o papel da própria lei como reguladora desses mesmos procedimentos. Como se referiu atrás, o legislador (que revela ser um legislador que não confia nas entidades adjudicantes) regulou de forma exaustiva cada procedimento, deixando para os programas de procedimento praticamente apenas os estritos aspetos que só podem ser estabelecidos para um contrato concreto (prazos, documentos, critérios de adjudicação). Dessa forma, aquilo que temos hoje, em grande parte dos procedimentos, são programas que não são autossuficientes, tendo o interessado em participar de recorrer simultaneamente ao CCP para poder apresentar candidatura ou proposta. Dir-se-ia que para o programa de procedimento fica apenas o papel de “preencher” aquilo que a lei não pôde estabelecer. O art. 51.º será uma decorrência dessa opção: aos interessados caberia uma função de verificação da legalidade das peças do procedimento, devendo os mesmos considerar como não escrito o que nelas violasse a lei, e respeitar, nesses aspetos, o que decorresse do CCP. Isso mesmo é o que resulta de afirmações como a que faz o Tribunal de Contas no acórdão referido, ao aplicar o art. 51.º, considerando que, perante a fixação pelo programa de concurso de um prazo para pedidos de esclarecimento superior ao previsto no CCP, o concorrente deveria ter respeitado este último. O propósito do legislador seria o de tentar salvar os procedimentos com normas ilegais, por aplicação das normas do Código, tornando claro que, apesar do disposto no art. 41.º, é o CCP, e não tanto o programa de procedimento, que “define os termos da fase da formação do contrato até à sua celebração”.

**15.** Felizmente a jurisprudência – pelo menos aquela que se está a firmar neste acórdão do STA – não adotou este entendimento. O mesmo criaria uma enorme insegurança jurídica (criando em quem queira concorrer uma dúvida insanável sobre quais as regras que deveria respeitar), e atribuiria aos interessados uma responsabilidade que não lhes compete. Acresce que o programa de procedimento (e centremo-nos nos procedimentos com concorrência) é um regulamento muito particular: trata-se de um regulamento inserido numa declaração negocial da Administração que convida os interessados a apresentarem uma proposta de contrato, o qual contém as regras a que a Administração se autovincula. E o mesmo se refira relativamente às restantes peças do procedimento, em espe-

cial, o caderno de encargos. Existe, assim, uma particular relação de confiança criada pelas peças do procedimento que deve ser preservada. Aos interessados não cabe o papel de verificarem a legalidade do programa de procedimento, mas antes o de o cumprirem, confiando no mesmo <sup>(18)</sup>.

Se algumas das peças do procedimento contém disposições ilegais, a sua substituição pela norma do CCP correspondente constitui, como o STA afirma, uma verdadeira alteração das regras, e, dessa forma, uma violação da confiança gerada pelo lançamento do procedimento e pela publicação das peças que o regem. Não é, por isso, uma boa solução aquela que parece decorrer do art. 51.º do CCP, nos termos da qual as regras de um procedimento serão aquelas que constarem do programa, ou aquelas que constarem do Código, no caso de as primeiras o contrariarem. Esta solução não é adequada quer estejam em causa ilegalidades flagrantes ou ostensivas (detetáveis por um não jurista), quer se trate de ilegalidades mais “sofisticadas”, e mesmo discutíveis.

16. Assim, na futura, e já próxima, revisão do CCP, seria vantajoso rever o art. 51.º, de forma a restabelecer o papel da confiança gerada pelas peças do procedimento (bem como a centralidade, nos procedimentos, dessas mesmas peças), e a prevalência dos princípios da igualdade e da concorrência. Ao contrário do que agora se estabelece, e como decorre das linhas anteriores, não deverá existir, em regra, no decurso dos procedimentos pré-contratuais concorrenciais (após a apresentação das candidaturas ou das propostas) um dever de substituir as normas ilegais das peças de procedimento pela norma correspondente do CCP. Admito que o legislador queira estabelecer o carácter imperativo das normas do CCP, em especial das que regulam os procedimentos pré-contratuais, e que queira tornar clara a não vinculação da entidade adjudicante a normas ilegais das peças do procedimento (isto é, a inexistência do dever de as aplicar). Mas diria que se deve ficar por aí, não mantendo uma norma que “promete mais do que aquilo que pode dar”.

MARGARIDA OLAZABAL CABRAL

<sup>(18)</sup> É evidente que pode ser do seu interesse, para que o procedimento siga regularmente, pedirem a alteração de normas procedimentais ilegais, antes da apresentação das propostas. Mas não têm qualquer dever de o fazer, nem sequer se lhes pode assacar qualquer dever de saber se as normas do programa ou de qualquer outra peça do procedimento são ilegais.