



## DECISÃO N.º 02/2012 – SRATC

### *Processo n.º 1/2012*

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de construção da EB1,2/JI Gaspar Frutuoso*, na Ribeira Grande, celebrado, em 27-12-2011, entre a Região Autónoma dos Açores, através da Secretaria Regional da Educação e Formação, e a Habitâmega, Construções, S.A., pelo preço de € 14 136 500,00, acrescido de IVA, pelo prazo de execução de 15 meses.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto à observância da disciplina financeira aplicável aos contratos que envolvam encargos plurianuais do contrato e sobre a forma como foi materializada a decisão sobre os erros e omissões do caderno de encargos identificados pelos interessados.
3. Para além dos factos referidos no ponto 1. relevam, ainda, os seguintes:
  - 3.1. Encargos plurianuais:
    - a) O contrato foi precedido de concurso público<sup>1</sup>, autorizado pela Resolução do Conselho do Governo n.º 120/2010, de 29 de julho.
    - b) A empreitada foi lançada a concurso com o preço base de € 14 500 000,00, com o prazo máximo de execução de 18 meses.
    - c) Por despacho do Vice-Presidente do Governo Regional, de 02-11-2011, foi inicialmente autorizada a seguinte repartição de encargos por anos económicos:

Ano de 2011: € 790 230,35  
Ano de 2012: € 12 540 489,15  
Ano de 2013: € 805 780,50.

<sup>1</sup> Cujo anúncio foi publicado em *Diário da República*, II série, n.º 162, de 20-08-2010, e no *Jornal Oficial da União Europeia* (2010/S 163-250759), de 24-08-2010.



d) Por despacho do Vice-Presidente do Governo Regional, de 06-02-2012, a repartição de encargos anteriormente autorizada sofreu a seguinte alteração:

Ano de 2012: € 9 714 602,80

Ano de 2013: € 4 421 897,20

e) A construção da *EBI, 2/JI Gaspar Frutuoso*, consta das Orientações de Médio Prazo 2009-2012, aprovadas pelo Decreto Legislativo Regional n.º 5/2009/A, de 6 de maio, as quais preveem, no programa *I – Desenvolvimento de Infra-estruturas Educacionais e do Sistema Educativo*, um investimento global de € 256 004 345,00, com uma dotação no plano de € 230 893 345,00 e o restante proveniente de outros fundos.

f) No Plano Regional Anual para 2012, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 6/2012/A, de 23 de janeiro, dentro do objetivo *Melhorar as Qualificações e as Competências do Açorianos* inclui-se, nas principais linhas de política sectorial a prosseguir na área da educação, a construção de novas instalações para a *EBI, 2/JI Gaspar Frutuoso*, constando da programação material a ação 1.1.12, com uma dotação global para as construções escolares de € 32 198 087,00, dos quais € 7 681 597,00<sup>2</sup> estão afetos à empreitada em causa.

g) No mapa XI do Orçamento da Região Autónoma dos Açores para 2012, aprovado Decreto Legislativo Regional n.º 3/2012/A, de 13 de janeiro, o montante das responsabilidades contratuais plurianuais da Secretaria Regional da Educação e Formação, para os anos de 2012 e 2013, é o seguinte:

Ano de 2012: € 10 601 671,17;

Ano de 2013: € 898 132,16.

### 3.2. Erros e omissões do caderno de encargos:

a) No decurso do procedimento concursal os interessados apresentaram diversas listas com a identificação dos erros e omissões detetados no caderno de encargos.

b) A notificação da decisão relativa aos erros e omissões foi feita através do envio aos interessados de uma lista contendo todos os erros e omissões.

<sup>2</sup> Cfr. Declaração de Retificação n.º 10/2012, publicada no Diário da República, n.º 27, de 7 de fevereiro de 2012.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional dos Açores*

DECISÃO N.º 02/2012 – SRATC (Processo n.º 1/2012)

- c) Não foi remetida nova lista integral das espécies de trabalhos e respetivo mapa de quantidades devidamente retificada com os erros e omissões aceites.
- d) Apresentaram-se a concurso oito propostas.
- e) No 1.º relatório preliminar, de 29-07-2011, o júri do procedimento:

- Propôs a exclusão de quatro propostas, com fundamento na alínea *d)* do n.º 2 do artigo 70.º, do CCP, por o respetivo preço ser superior ao preço base;
- Em resultado da aplicação do critério de adjudicação fixado no n.º 16 do programa de concurso, os concorrentes admitidos obtiveram a seguinte ordenação final:

Concorrentes	Pontuação final
Europa Ar-Lindo, Construções, S.A.	0,940
Consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A. e Britalar – Sociedade de Construções, S.A.	0,662
FDO Construções, S.A.	0,522
Habitâmega Construções, S.A.	0,483

- f) No 2.º relatório preliminar, de 25-08-2011, o júri do procedimento, na sequência da não aceitação da adjudicação por parte da Europa Ar-Lindo, Construções, S.A., procedeu à seguinte ordenação das restantes propostas a concurso:

Concorrentes	Pontuação final
Consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A. e Britalar – Sociedade de Construções, S.A.	0,662
FDO Construções, S.A.	0,522
Habitâmega Construções, S.A.	0,483

- g) No 3.º relatório preliminar, de 06-09-2011, o júri do procedimento:
- Procedeu à reapreciação da proposta do concorrente Consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A. e Britalar – Sociedade de Construções, S.A., na sequência dos factos alegados pelo concorrente FDO Construções, S.A., em sede de audiência prévia, concluindo pela sua exclusão com fundamento no disposto na alínea *j)* do n.º 2 do artigo 146.º, do CCP, por o mesmo não ter in-



# Tribunal de Contas

## Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 02/2012 – SRATC (Processo n.º 1/2012)

tegrado na sua proposta retificações decorrentes da aceitação dos erros e omissões pela entidade adjudicante;

- Donde resultou a seguinte lista de ordenação final dos concorrentes:

Concorrentes	Pontuação final
FDO Construções, S.A.	0,522
Habitâmega Construções, S.A.	0,483

h) No 4.º relatório preliminar, de 10-10-2011, o júri do procedimento:

- Relativamente às reclamações deduzidas, em sede da terceira audiência prévia realizada, pelos concorrentes Consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A. e Britalar – Sociedade de Construções, S.A. e Habitâmega Construções, S.A., concluiu pela exclusão do concorrente FDO Construções, S.A., com fundamento no disposto na alínea j) do n.º 2 do artigo 146.º, do CCP, por o mesmo não ter integrado na sua proposta retificações decorrentes da aceitação dos erros e omissões pela entidade adjudicante;
- Ainda na sequência da reclamação apresentada pelo concorrente Consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A., e Britalar – Sociedade de Construções, S.A., o júri do procedimento decidiu pela manutenção da sua exclusão, conforme os fundamentos apresentados no 3.º relatório preliminar.
- Desta forma, propôs a adjudicação à única proposta admitida apresentada pelo concorrente Habitâmega Construções, S.A.

**3.3.** Na verificação preliminar do processo remetido a fiscalização prévia foram solicitados, entre outros, esclarecimentos sobre a previsão do encargo decorrente da execução do contrato em programa plurianual, bem como relativamente à exclusão da proposta apresentada pelo consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, SA, e Britalar – Sociedade de Construções, SA, por na respetiva lista de preços unitários a quantidade do artigo 1.3.15 do projeto de eletricidade apresentar uma diferença de 1.000 ml, com o preço de € 1,32/ml<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Ofício n.º 89-UAT I, de 17-01-2012.



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional dos Açores*

DECISÃO N.º 02/2012 – SRATC (Processo n.º 1/2012)

3.4. Sobre o assunto a Diretora Regional da Educação e Formação pronunciou-se nos termos contantes do ofício n.º S-DRE/2012/701, de 08-02-2012, que se anexa à presente Decisão, dela fazendo parte integrante.

4. O n.º 3 do artigo 4.º da Lei de Enquadramento Orçamental<sup>4</sup>, aplicável ao orçamento da Região Autónoma dos Açores, nos termos do n.º 5 do artigo 2.º da mesma Lei, dispõe que «[o]s orçamentos integram os programas, medidas e projectos ou actividades que impliquem encargos plurianuais, os quais evidenciam a despesa total prevista para cada um, as parcelas desses encargos relativas ao ano em causa e, com carácter indicativo, a, pelo menos, cada um dos três anos seguintes».

Por seu turno, o n.º 1 do artigo 2.º Lei de Enquadramento Orçamental da Região Autónoma dos Açores<sup>5</sup> dispõe que «[o] Orçamento da Região Autónoma dos Açores é anual, sem prejuízo de, por razões de racionalidade económica ou por exigências da política de desenvolvimento regional, poderem nele ser integrados programas e projectos que impliquem encargos plurianuais», e o n.º 3 do artigo 12.º da mesma Lei acrescenta, sobre a estrutura dos mapas orçamentais, que «[o] mapa IX deve apresentar os programas e projectos que, integrados no âmbito dos investimentos do Plano, a administração pública regional pretenda realizar e que impliquem encargos plurianuais e evidenciar as fontes de financiamento dos programas».

Estes dispositivos legais consagram uma regra e admitem uma exceção: a regra é a de que o orçamento da Região Autónoma dos Açores é de base anual, o que significa que a autorização de assunção de encargos concedida no orçamento abrange apenas as despesas a realizar naquele ano<sup>6</sup>; a exceção materializa-se na possibilidade de serem previstos programas e projetos que impliquem encargos plurianuais – os quais deverão evidenciar a despesa total bem como a sua repartição por anos económicos –, caso em que a autorização de assunção de encargos concedida no orçamento abrangerá as despesas a realizar em anos futuros.

<sup>4</sup> Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, republicada em anexo à Lei n.º 52/2011, de 13 de outubro.

<sup>5</sup> Lei n.º 79/98, de 24 de novembro, alterada pela Lei n.º 62/2008, de 31 de outubro.

<sup>6</sup> Sobre a regra da anualidade orçamental, *cfr.*, TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1989, pp. 46 e ss., SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, volume I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 347 e ss., e BARBOSA DE MELO e LOPES PORTO, «A Regra da Anualidade na Contabilidade Pública Portuguesa», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume comemorativo, Coimbra, 2003, pp. 985 e ss.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional dos Açores*

DECISÃO N.º 02/2012 – SRATC (Processo n.º 1/2012)

5. Tal como resulta da matéria de facto, a despesa com o *contrato de empreitada de construção da EBI, 2/JI Gaspar Frutuoso* não observa a anualidade (o contrato, celebrado em 2011, envolve encargos em 2012 e 2013). Assim sendo, a despesa terá de ser objeto de adequada programação plurianual.

O Plano Regional Anual para 2012, prevê a ação (1.1.12), mas, para além de não evidenciar a despesa total com o investimento em causa, não contempla a sua repartição por anos económicos.

Alega-se, em contraditório, que a exigência legal relativa à programação plurianual da despesa se satisfaz com a previsão do encargo no mapa XI do orçamento da Região Autónoma dos Açores para 2012, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 3/2012/A, de 13 de janeiro.

O mencionado mapa XI do orçamento identifica o escalonamento plurianual das despesas, por departamento regional. Com exceção dos projetos relativos à concessão rodoviária em regime de SCUT (SRCTE) e à parceria público privada relativa ao Hospital de Santo Espírito da Ilha Terceira (SRS), não são especificados quaisquer outros. Por outro lado, o valor dos encargos previstos para a Secretaria Regional da Educação e Formação em 2013 é de € 898 132,16, montante inferior ao compromisso assumido, para esse ano, com a celebração do presente contrato (€ 4 421 897,20).

Donde se conclui que o encargo emergente do contrato não tem cabimento em programa plurianual, quer por não se encontrar especificado no referido mapa quer, em qualquer caso, por a dotação disponível ser insuficiente para cobrir o encargo assumido para 2013.

Já no corrente ano económico, foi autorizada, por despacho do Vice-Presidente do Governo, nova repartição de encargos, de acordo com o plano de pagamentos contratualizado.

O ato de autorização de repartição de encargos por anos económicos permite, designadamente, a abertura do procedimento pré-contratual quando ainda não está em vigor o orçamento por onde a despesa será paga<sup>7</sup>, vinculando o Governo a inscrever a dotação necessária no orçamento seguinte ou em programa plurianual. Este ato não substitui a inscrição em

<sup>7</sup> N.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de julho, aplicado à Região Autónoma dos Açores pelo Decreto Legislativo Regional n.º 7/97/A, de 24 de maio, e artigo 17.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 6/2012/A, de 17 de fevereiro.



programa plurianual, nem pode visar alterar os documentos previsionais aprovados pela Assembleia Legislativa no uso da sua competência exclusiva (n.º 1 do artigo 232.º da Constituição e das alíneas *b)* e *c)* do artigo 34.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores).

Não tendo sido observado o disposto no artigo 4.º da Lei de Enquadramento Orçamental e nos artigos 2.º, n.º 1, parte final, e 12.º, n.º 3, da Lei de Enquadramento Orçamental da Região Autónoma dos Açores, a despesa em causa não foi objeto de adequada programação plurianual.

As normas preteridas têm a natureza de normas financeiras<sup>8</sup>.

A violação direta de normas financeiras constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da segunda parte da alínea *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

6. Como resulta ainda da matéria de facto, as propostas de três dos quatro concorrentes inicialmente admitidos a concurso foram excluídas por não indicarem as quantidades corretas de alguns artigos, quantidades essas que haviam sido alteradas na sequência da aceitação de erros e omissões do caderno de encargos. O júri do concurso considerou, assim, que, nas propostas, os candidatos excluídos não procederam à atualização das quantidades aceites e/ou duplicaram artigos.

Na apreciação desta matéria relevam as seguintes disposições do Código dos Contratos Públicos (CCP):

**Artigo 43.º**

**Elementos da solução da obra**

.....  
5 – Em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, o projecto de execução deve ser acompanhado de:

- a) .....
- b) Uma lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades.

.....  
**Artigo 57.º**

<sup>8</sup> Sobre o âmbito das normas financeiras, SOUSA FRANCO, *ob cit*, pp. 97-99.



**Documentos da proposta**

.....  
2 – No caso de se tratar de procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, a proposta deve ainda ser constituída por:

- a) Uma lista dos preços unitários de todas as espécies de trabalhos previstas no projecto de execução.

.....  
**Artigo 61.º**

**Erros e omissões do caderno de encargos**

.....  
5 – Até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, o órgão competente para a decisão de contratar deve pronunciar-se sobre os erros e omissões identificados pelos interessados, considerando-se rejeitados todos os que não sejam por ele expressamente aceites.

.....  
7 – Nos documentos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 57.º, os concorrentes devem identificar, expressa e inequivocamente:

- a) Os termos do suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites nos termos do disposto no n.º 5, do qual não pode, em caso algum, resultar a violação de qualquer parâmetro base fixado no caderno de encargos;  
b) O valor, incorporado no preço ou preços indicados na proposta, atribuído a cada um dos suprimentos a que se refere a alínea anterior.

.....  
**Artigo 146º**

**Relatório preliminar**

.....  
2. No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:

- .....  
j) Que, identificando erros ou omissões das peças do procedimento, não cumpram o disposto no n.º 7 do artigo 61.º.

.....  
7. Refira-se que as deficiências do projeto posto a concurso, não corrigidas em sede de revisão, implicaram a necessidade de aceitar 86 omissões e 186 erros.

7.1. E, na sequência da aceitação desses erros e omissões, a entidade adjudicante não forneceu aos interessados uma nova «lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades», conforme exige a alínea b) do n.º 4 do artigo 43.º do CCP, uma vez que a inicialmente disponibilizada continha erros e omitia espécies de trabalhos. Aos interessados foram apenas enviadas as listas de erros e omissões aceites, cabendo-lhes, assim, a tarefa de





# Tribunal de Contas

*Secção Regional dos Açores*

DECISÃO N.º 02/2012 – SRATC (Processo n.º 1/2012)

introduzir as necessárias alterações à lista das espécies de trabalhos e respetivo mapa de quantidades inicialmente apresentadas, e com elas conformar a sua proposta.

Esta circunstância propiciou, face ao elevado número de alterações introduzidas à lista das espécies de trabalhos e mapa de quantidades, a ocorrência de erros nas listas apresentadas pela quase totalidade dos concorrentes, decorrente da falta de atualização das quantidades necessárias.

**7.2.** De tal modo que o próprio júri do procedimento não detetou inicialmente esta situação anómala, apenas a verificou aquando da análise das reclamações apresentadas em sede de audiência prévia pelos concorrentes, conforme decorre do conteúdo dos relatórios preliminares n.ºs 3 e 4.

**7.3.** Este conjunto de circunstâncias certamente esteve na origem dos erros que conduziram à exclusão de três das quatro propostas inicialmente admitidas, verificando-se mesmo a exclusão de uma proposta, com um preço inferior em € 1 155 713,97, relativamente ao valor da adjudicação, por na respetiva lista de preços unitários a quantidade do artigo 1.3.15 do projeto de eletricidade apresentar uma diferença de 1.000 ml, com o preço de € 1,32/ml.

Ora, tal exclusão pressupõe que se estaria perante uma situação de facto em que um concorrente se apresentaria a concurso com a proposta de construção da escola pelo preço de € 12 980 786,03, comprometendo-se a executar todos os trabalhos, exceto o fornecimento de 1.000 ml de cabo no valor de € 1 320,00, não parecendo que tal possa corresponder à vontade real do concorrente, nem que a proposta possa assim ser entendida por um declaratório normal.

Por isso, perante esta situação de facto é desproporcional fundamentar a exclusão, como foi feito pelo júri do procedimento no 4.º relatório, considerando que a proposta «contraria o disposto no caderno de encargos (corrigido) e... não corresponde à efetiva vontade de contratar da entidade adjudicante», que o concorrente comprometeu-se «com um objeto contratual distinto do fixado no caderno de encargos», que a proposta «não respeitou imposições evidentes e inequívocas da lei e do caderno de encargos», que «não podia o júri saber ou sequer afirmar que o concorrente se com-



prometia a cumprir todos os requisitos impostos pelo caderno de encargos e se os mesmos estariam incluídos no preço contratual global», que «a falta de atualização supra identificada é tão mais gravosa quanto o elemento em falta incide sobre um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos e integrado no critério de adjudicação» ou que «o júri depara-se com a tarefa de avaliar uma proposta que, relativamente ao fator “Preço” do critério de adjudicação, pressupõe apenas a realização de uma parte das prestações integradas no objeto do contrato, devendo então proceder à sua comparação com o custo apresentado pelas demais propostas que contemplam todas as prestações contratuais».

Pelo contrário, a omissão de 1.000 ml de cabo, no valor de € 1 320,00, configura um simples erro de escrita, revelado no contexto da proposta, que não impediria a sua correção, análise e comparação com as restantes propostas.

**7.4.** É de sublinhar que a entidade adjudicante já anteriormente foi destinatária de recomendação no sentido de, em procedimentos futuros, passar a fornecer aos concorrentes nova lista integral das espécies de trabalhos e respetivo mapa de quantidades devidamente retificada com os erros e omissões aceites<sup>9</sup>.

Assim, em vez da possibilidade, proporcionada pelo concurso público, de escolher de entre um conjunto alargado de propostas a que fosse economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante acabou por se ver limitada a uma única proposta, com a consequente suscetibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato.

**8.** Em conclusão:

- a) A despesa com o *contrato de empreitada de construção da EBI, 2/JI Gaspar Frutuoso*, que envolve encargos em 2012 e 2013, não foi objeto de adequada programação plurianual, nos termos exigidos no artigo 4.º da Lei de Enquadramento Orçamental e nos artigos 2.º, n.º 1, parte final, e 12.º, n.º 3, da Lei de Enquadramento Orçamental da Região Autónoma dos Açores;

<sup>9</sup> Decisão n.º 12/2010 – SRTCA, de 17-11-2010.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional dos Açores*

DECISÃO N.º 02/2012 – SRATC (Processo n.º 1/2012)

- b) As normas preteridas têm a natureza de normas financeiras, constituindo a respetiva violação direta fundamento da recusa do visto, nos termos da segunda parte da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto;
- c) Os concorrentes apresentaram as suas propostas com erros, ao não indicarem as quantidades corretas de alguns artigos, na sequência da aceitação de erros e omissões do caderno de encargos, sendo que tal foi propiciado pela entidade adjudicante, na medida em que não promoveu uma cuidada revisão do projeto posto a concurso, bem como não forneceu aos interessados a nova lista das espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e respetivo mapa de quantidades devidamente retificado.
- d) Assim sendo, verifica-se que desta ação resulta uma restrição ao universo concorrencial e, conseqüentemente, a alteração do resultado financeiro deste procedimento, o que também constitui fundamento de recusa de visto, bastando para tal o simples perigo ou risco de ocorrer essa alteração do resultado financeiro, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, recusar o visto ao contrato em referência.

Emolumentos: € 20,60.

Notifique-se.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional dos Açores*

---

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 28 de Fevereiro de 2012

O Juiz Conselheiro

(Nuno Lobo Ferreira)

Os Assessores

(Fernando Flor de Lima)


(Carlos Maurício Bedo)

Fui presente

A representante do Ministério Público

(Joana Marques Vidal)

**Anexo:** Ofício n.º S-DRE/2012/701, de 08-02-2012

  
 REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
**SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO**

**TRIBUNAL DE CONTAS**  
 Secção Regional dos Açores  
 16 FEV 2012  
 N.º 430

OF-342  
 SUSTP  
 16/2/12  
 E-31

Exmo. Senhor  
 Subdirector-Geral do Tribunal de Contas  
 Rua Ernesto do Canto, nº 34  
 9504-526 Ponta Delgada

REGISTADO CIA/R  
 Secção Regional dos Açores  
 Div. de Apoio - Fiscalização Prévia  
 Processo n.º 01  
 16 FEV 2012

Sua Referência	Sua Comunicação de	Nossa Referência	Angra Heroísmo
89-UAT I	17-01-2012	N. S-DRE/2012/701 DIEE/001.12/4.19	08-02-2012

**ASSUNTO: PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA N.º 001/2012**

**CONTRATO DE EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO DA EB1, 2/JI GASPAR FRUTUOSO - RIBEIRA GRANDE - SÃO MIGUEL**

Em resposta ao vosso ofício melhor identificado em epígrafe, encarrega-me S. Exa. a Secretária Regional da Educação e Formação de prestar os seguintes esclarecimentos:

1.

a) A empreitada de construção da EB 1,2/JI Gaspar Frutuoso corresponde à ação 1.1.12, do Projeto 1.1 – Construções Escolares, do Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo, do Objetivo – Melhorar as Qualificações e as Competências dos Açorianos, da entidade proponente Secretaria Regional da Educação e Formação, conforme consta da Orientações de Médio Prazo 2009-2012 e nos Planos Regionais Anuais de 2009, 2010, 2011 e 2012, nos termos que a seguir se demonstram, melhor explicitados nos diplomas legais respetivos:

i. O Decreto Legislativo Regional n.º 5/2009/A, de 6 de maio, aprovou as Orientações de Médio Prazo 2009-2012. Em quadro anexo ao diploma são apresentados os programas de investimento público a vigorar entre 2009 e 2012 e as respetivas dotações financeiras, ressalvando-se que «o conteúdo será apresentado de forma detalhada nos planos anuais». Relativamente ao Objetivo – Melhorar as Qualificações e as Competências dos Açorianos, Programa 1, o cronograma fixado no Decreto Legislativo Regional n.º 5/2009/A é o seguinte:

2009		2010		2011		2012	
Investimento	Plano	Investimento	Plano	Investimento	Plano	Investimento	Plano
€59.604.345	€53.693.345	€62.600.000	€56.400.000	€65.200.000	€58.800.000	€68.600.000	€62.000.000

ii. O Decreto Legislativo Regional n.º 7/2009/A, de 12 de maio, aprovou o Plano Regional Anual para 2009. Relativamente ao Objetivo – Melhorar as Qualificações e as Competências dos Açorianos, Programa 1, o diploma fixou o seguinte:

67

Paços da Junta Geral – Carreira dos Cavalos  
 9700-167 Angra do Heroísmo

Telef. 295401100  
 Fax 295401182

Email: dref.info@azores.gov.pt  
 http://www.edu.azores.gov.pt



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

Desagregação espacial	
Projeto 1.1 – Construções Escolares	
São Miguel	Total RAA
€18.653.567	€33.742.125

Desagregação por objetivo *	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
Investimento	Plano
€59.604.345	€53.693.345

\* Acrescem verbas inscritas em *Outros fundos*

Desagregação por entidade proponente *	
Secretaria Regional da Educação e Formação	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
Investimento	Plano
€59.604.345	€53.693.345

\* Acrescem verbas inscritas em *Outros fundos*

Programação Financeira *	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
1.1 – Construções Escolares	
Investimento	Plano
€33.742.125	€32.831.125

\* Acrescem verbas inscritas em *Outros fundos*

Programação Material	
1.1 – Construções Escolares	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Aquisição de terrenos e conclusão da elaboração do projeto da nova EBI e início da obra em 2012.	

Desagregação por objetivo	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Investimento	Plano
€500.000	€500.000

iii. O Decreto Legislativo Regional n.º 2/2010/A, de 8 de janeiro, aprovou o Plano Regional Anual para 2010. Relativamente ao Objetivo – Melhorar as Qualificações e as Competências dos Açorianos, Programa 1, determina-se:

67



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

Desagregação por entidade proponente	
Secretaria Regional da Educação e Formação	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
Investimento	Plano
€58.867.295	€58.867.295

Programação Financeira	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
1.1 – Construções Escolares	
Investimento	Plano
€39.384.605	€39.384.605

Programação Material	
1.1 – Construções Escolares	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Aquisição de terrenos e lançamento da empreitada de construção da nova EBI no final do ano.	

Desagregação por objetivo	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Investimento	Plano
€450.000	€450.000

iv. O Decreto Legislativo Regional n.º 1/2011/A, de 5 de janeiro, aprovou o Plano Regional Anual para 2011. Relativamente ao Objetivo – Melhorar as Qualificações e as Competências dos Açorianos, Programa 1, determina-se:

Desagregação por entidade proponente	
Secretaria Regional da Educação e Formação	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
Investimento	Plano
€55.226.211	€55.226.211

Programação Financeira	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
1.1 – Construções Escolares	
Investimento	Plano
€36.903.517	€36.903.517

67



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

Programação Material	
1.1 – Construções Escolares	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Aquisição de terrenos e lançamento da empreitada de construção da nova EBI.	

Desagregação por objetivo	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Investimento	Plano
€7.788.829	€7.788.829

v. O Decreto Legislativo Regional n.º 6/2012/A, de 23 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 10/2012, de 7 de fevereiro, aprovou o Plano Regional Anual para 2012. Relativamente ao Objetivo – Melhorar as Qualificações e as Competências dos Açorianos, Programa 1, determina-se:

Desagregação por entidade proponente *	
Secretaria Regional da Educação e Formação	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
Investimento	Plano
€48.395.159	€46.148.493

\* Acrescem verbas inscritas em *Outros fundos*

Programação Financeira *	
Programa 1 – Desenvolvimento das Infraestruturas Educacionais e do Sistema Educativo	
1.1 – Construções Escolares	
Investimento	Plano
€32.198.087	€29.951.421

\* Acrescem verbas inscritas em *Outros fundos*

Programação Material	
1.1 – Construções Escolares	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Aquisição de terrenos e continuação da empreitada de construção da nova EBI.	

Desagregação por objetivo	
1.1.12 – Construção de novas instalações para a EB1,2/JI Gaspar Frutuoso	
Investimento	Plano
€7.681.597	€7.681.597

67





REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

Desagregação espacial	
Projeto 1.1 – Construções Escolares	
São Miguel	Total RAA
€18.530.619	€32.198.087

Mais se informa que, sem prejuízo das verbas melhor identificadas no quadro supra *Desagregação por objetivo*, foi autorizada por S. Exa. o Vice-Presidente do Governo Regional, por despacho datado de 1 de Fevereiro de 2012, uma alteração orçamental consubstanciada no reforço de €4.315.687 na Ação – Construção das novas instalações para a EBI Gaspar Frutuoso, Código 07.01.04, do Orçamento da Secretaria Regional da Educação e Formação.

b) Nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, do artigo 75.º e do artigo 139.º do Código dos Contratos Públicos (adiante, CCP), quando a adjudicação seja feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa é obrigatória a utilização de um modelo de avaliação das propostas destinado a medir a *performance* ou o desempenho de cada proposta. Conforme decorre dos n.ºs 1 e 2 do artigo 75.º e do artigo 139.º do CCP, ao ser adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante está obrigada a definir os fatores e eventuais subfatores que densificam esse critério e os respetivos coeficientes de ponderação e, para cada um dos fatores ou subfatores elementares, a respetiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para cada aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos.

Observados os limites decorrentes dos preceitos normativos anteriormente referidos e os princípios gerais de direito aplicáveis à contratação pública, em especial os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, expressamente previstos no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, a entidade adjudicante goza de uma larga margem de discricionariedade, quer na enunciação e ordenação dos fatores e subfatores que irão determinar a proposta economicamente mais vantajosa, quer na ponderação e pontuação que lhes atribui. Dito de outro modo, na formação contrato, e dentro das balizas definidas pela lei, o contraente público é livre de escolher os aspetos da execução do contrato a submeter à concorrência, bem como os parâmetros de avaliação das propostas para efeitos de adjudicação.

No caso concreto, o modelo de avaliação das propostas adotado pela entidade adjudicante está conforme à lei e aos princípios gerais de direito especialmente aplicáveis à contratação pública. Sendo que através deste a entidade adjudicante visou assegurar a escolha de uma proposta que oferecesse maiores garantias de uma perfeita e atempada execução da obra, mediante o pagamento de um preço legítimo ao adjudicatário, entenda-se um preço justo e razoável. Daí que o preço a pagar pela entidade adjudicante não só não foi único aspeto da execução do contrato

G7



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
**SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO**

submetido à concorrência, como a sua importância foi objetivamente relativizada no contexto da avaliação face à qualidade técnica da proposta. Por outras palavras, com o modelo adotado a entidade adjudicante procurou garantir que o interesse público subjacente ao contrato a celebrar fosse efetivamente realizado e nas melhores condições técnicas e económicas para o contraente público.

Mas os interesses que a entidade adjudicante pretendeu acautelar com o modelo de avaliação adotado não se esgotam no plano restrito do contrato, procurando-se através dele neutralizar práticas anti concorrenciais, como seja o aviltamento de preços, e obstar à degradação do setor da construção e os prejuízos económicos e sociais que daí poderão advir. Esses interesses não são de somenos importância e merecem adequada proteção, principalmente da parte dos principais agentes da contratação pública – o Estado e demais pessoas coletivas públicas – aos quais não pode ser indiferente a salvaguarda do justo equilíbrio das prestações e da sã concorrência nos contratos públicos.

A fórmula utilizada no modelo de avaliação das propostas adotado no procedimento de formação do contrato em apreço não impede o funcionamento do regime de propostas com preço anormalmente baixo fixado no artigo 71.º do CCP, apenas não valoriza tais propostas com pontuação superior à pontuação máxima prevista, ou seja, a fórmula utilizada simplesmente não diferencia para efeitos de avaliação/pontuação as propostas com um preço anormalmente baixo (no caso, inferior a 80% do preço base), sendo estas classificadas com a pontuação máxima prevista para o fator preço (20 pontos). Isto porque a entidade adjudicante considera que a partir desse limite a proposta já não dá garantias técnicas de boa execução do contrato, ou seja, acarreta um maior risco de incumprimento do contrato, o qual não é, nem pode ser, desprezado face aos interesses em presença. É certo que uma proposta de preço anormalmente baixo apenas pode ser excluída se não for acompanhada de justificação ou se a entidade adjudicante, num juízo discricionário mas fundamentado, não considerar essa justificação válida (cfr., n.ºs 3 e 4 do artigo 74.º do CCP), porém não poderá deixar de se reconhecer que a valia técnica de uma tal proposta pode estar fortemente condicionada ou enfraquecida, nomeadamente pela circunstância de o proponente ter de economizar meios, recursos e processos construtivos, e deste modo vir a relevar-se prejudicial à boa execução do contrato.

Perigoso seria conceder uma maior valorização das propostas de preço anormalmente baixo do que aquela que resulta do modelo de avaliação adotado, na medida em que se estaria a instigar a apresentação desse tipo de propostas, quicá de forma tendencialmente sistemática, com todas as consequências negativas daí decorrentes para o interesse público, quer no plano restrito do contrato, quer no plano mais amplo do normal funcionamento do mercado da construção.

De salientar que embora incluída no capítulo respeitante à análise e avaliação de propostas, a verdade é que o tratamento que o CCP confere à questão do preço anormalmente baixo se centra



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
**SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO**

na admissibilidade das propostas e não propriamente na sua avaliação/valoração para efeitos de adjudicação (cfr., nesse sentido, a alínea c) do n.º 2 do artigo 70.º). Por outras palavras, a aplicação do regime do preço anormalmente baixo previsto no artigo 71.º do CCP é autónomo do processo de avaliação/valoração das propostas e assenta exclusivamente num juízo prévio de admissibilidade das mesmas para efeitos daquela ulterior avaliação/valoração de acordo com o modelo adotado.

De resto, se dúvidas houvesse quanto à autonomia do regime do preço anormalmente baixo face ao critério de adjudicação e ao modelo de avaliação correspondente, bastaria equacionar um modelo de avaliação das propostas que elegesse somente o prazo de execução e a qualidade técnica da proposta como os únicos aspetos da execução do contrato a submeter à concorrência pelo caderno de encargos. Ora, neste modelo em que o preço não releva para efeitos de avaliação das propostas, e consequentemente para efeitos de adjudicação, as propostas sempre estariam sujeitas ao regime do preço anormalmente baixo fixado no artigo 71.º do CCP se porventura evidenciassem um preço tido como anormalmente baixo.

Em conclusão, o modelo de avaliação das propostas adotado pela entidade adjudicante observa os limites decorrentes dos preceitos normativos anteriormente referidos e os princípios gerais de direito especialmente aplicáveis à contratação pública e não impede o funcionamento do regime de propostas com preço anormalmente baixo fixado no artigo 71.º do CCP.

c) No que concerne à exclusão da proposta apresentada pelo consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A. e Britalar – Sociedade de Construções, S.A., e com o devido respeito pela douda posição assumida por V. Exas., esclarece-se que a dita exclusão não se fundamentou apenas na diferença de 1.000 ml no artigo 1.3.15 do projeto de eletricidade, mas também na duplicação dos sub artigos 3.1.14 do projeto de ventilação e 7.1 do AVAC, nos termos melhor explicitados no 4.º relatório preliminar. De facto, o consórcio supra mencionado não procedeu à atualização de quantidades aceites e duplicou artigos. Ora, cabendo aos concorrentes identificar, expressa e inequivocamente, os termos do suprimento de cada um dos erros e omissões, bem como o valor, incorporado no preço indicado na proposta, atribuído a cada um daqueles suprimentos, a proposta foi (também) excluída.

Acréscce que o raciocínio jurídico efetuado seguiu a mesma linha de argumentação dispendida nos processos de impugnação contenciosa do procedimento relativo à Escola Básica Integrada de Água de Pau, em que as pretensões dos concorrentes excluídos não obtiveram ganho de causa.

Assim, pode concluir-se que o concorrente ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A. e Britalar – Sociedade de Construções, S.A. foi excluído com fundamento no disposto na alínea j) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, isto é, por, tendo sido identificados erros ou omissões das peças do procedimento, não ter cumprido o estabelecido no n.º 7 do artigo 61.º do CCP. Com efeito, não



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

procedeu à atualização de quantidades aceites e duplicou artigos, sem que se pudesse, nem se possa, concluir que se tratou de meros lapsos, *erros de escrita* e, nessa medida, ser interpretados e corrigidos oficiosamente pelo mesmo.

Na verdade, a retificação do *erro de escrita* a que o concorrente apelou encontra suporte legal no artigo 148.º do Código de Procedimento Administrativo e no artigo 249.º do Código Civil. De acordo com tais disposições, os *erros de cálculo* ou de *escrita* podem ser retificados pelos concorrentes ou *ex officio* pelo próprio júri do concurso. Todavia, a admissibilidade dessa retificação está sujeita ao cumprimento de determinados requisitos, devendo, nomeadamente, estar em causa «*erros que (resultando de uma expressão literal ou de um cálculo lógico ou matemático defeituosos) se revelam «no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita»*. São, pois, *erros notórios, de que (pelo menos) uma pessoa normalmente atenta se apercebe pelo simples confronto daquela declaração ou confrontando-a com as circunstâncias em que é emitida*»<sup>1</sup>.

Este entendimento, acolhido na doutrina administrativista, está, aliás, em absoluta consonância com as posições tradicionalmente expressas no âmbito jus-privatístico, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, a propósito dos casos em que ocorre uma patologia na declaração negocial. Daí resulta a operatividade do disposto no artigo 294.º do Código Civil em situações em que o «*erro é de tal modo ostensivo, que resulta do próprio contexto do documento ou das circunstâncias da declaração*»<sup>2</sup>. Pelo contrário, «*não se verificando a imediata aparência do erro, haverá que aplicar o regime geral do artigo 247.º ou outro qualquer previsto por lei específica*»<sup>3</sup>, não estando já sujeito à solução oferecida pelo disposto no artigo 249.º do Código Civil.

No mesmo sentido, pode igualmente convocar-se a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, designadamente em Acórdão de 16 de abril de 2002, no sentido de concluir que se o erro não se revelar na circunstância da declaração deve ser considerado como *erro-vício*<sup>4</sup>, para o que não é aplicável o disposto no artigo 249.º do Código Civil. Este é, aliás, o entendimento acolhido na interpretação do artigo 148.º do Código do Procedimento Administrativo: apenas quando existirem erros de escrita «*que sejam manifestos – revelados no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que ela é feita (art. 249.º do Código Civil) – e que são detetáveis por um qualquer destinatário (normal) do ato, podem os órgãos administrativos competentes (o autor do ato e quem o pode revogar) proceder, sem limites temporais, à sua retificação, corrigindo*

<sup>1</sup> MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa. Das fontes às garantias*, Almedina, 1998, p. 427, nota 93.

<sup>2</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Tomo I, 2.ª Edição, Almedina, 2000, p. 612.

<sup>3</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 612.

<sup>4</sup> Cfr. RLJ, 111, 3633, pp. 382 e ss. e CJ-STJ, 2002, II, p. 27, respetivamente. Neste último acórdão, é acolhida a lição de Castro Mendes: "o error calculi pode apresentar-se como erro-vício ou como erro-obstáculo. Para conseguir saber quando ocorre um ou outro, a lei lançou mão do seguinte critério: - Se o erro de cálculo se revelar no próprio contexto da declaração ou das circunstâncias em que a declaração é feita, é tomado como erro-obstáculo de natureza especial, que só dá direito à retificação nos termos do artigo 249º - erro ostensivo. - Se o erro de cálculo se não revelar no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, é então de tomar como erro-vício" (cfr. CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, AAFDL, 1995, p. 140)

G.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

o erro cometido»<sup>5</sup>. «Quanto aos erros não manifestos na expressão da vontade administrativa, aplica-se-lhes o regime estabelecido acima em comentário II ao art. 135.º, no que respeita ao erro-obstáculo, na declaração ou manifestação da vontade administrativa (...) sendo-lhe aplicável, quando muito, o regime da revogação, da alteração ou da sanação do ato inválido»<sup>6</sup>.

Note-se que, para além do mais, o requisito de evidência subjacente à expressão «manifesto» impõe-se não apenas relativamente à identificação do erro, mas também relativamente à solução do erro. Isto é, impõe-se que o erro seja manifesto, mas também que manifesta seja a via da respetiva correção, que tem de ser alcançável através de processos cognitivos exclusivamente lógicos que não deixem margem para ponderações ou dúvidas acerca de qual o sentido correto da declaração.

Relativamente à exclusão por motivo de falta de atualização de quantidades, permita-se que sublinhemos os aspetos que seguem.

Aceitando-se, em tese, a admissibilidade de retificação de *erros de escrita*, crê-se que não se pode admitir a invocação do regime do artigo 249.º do Código Civil para consentir *alterações da proposta* quando do contexto da declaração negocial não se pode retirar o simples erro de cálculo ou de escrita.

De facto, na situação vertente, nem o contexto da declaração nem as circunstâncias em que a mesma foi feita poderiam levar a concluir («revelar», como diz o preceito) que tal era um mero erro de escrita ou de cálculo. Não se tratou de um erro imediatamente visível e de tal modo evidente que a simples leitura da proposta (em toda a sua extensão) o denunciaria imediatamente. Pelo contrário, as circunstâncias que levaram a excluir o concorrente n.º 1 traduziram-se na apresentação a concurso de uma declaração negocial segundo a qual iria fornecer uma quantidade artigos inferior à estipulada no caderno de encargos (corrigido), inexistindo quaisquer outros elementos dos quais se pudesse inferir que esta vontade expressamente formulada não correspondia, na verdade, à vontade contratual que o concorrente pretendia explicitar. E, ainda que se pudesse admitir que, em tese, pudesse ser outra a vontade contratual manifestada pelo concorrente, não pode a entidade adjudicante agir com base em suposições que não têm respaldo direto na declaração negocial dos concorrentes, já que tal não apenas não encontra fundamento no regime da retificação de 'erros de escrita', como violaria frontalmente o disposto na alínea j) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP e atentaria contra o princípio da inequívocidade das propostas apresentadas.

Ademais, o vício da proposta do concorrente conduziria ao resultado de que este se compromete com um *objeto contratual distinto* do fixado no caderno de encargos.

<sup>5</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, *Código do Procedimento Administrativo comentado*, 2.ª Edição, Almedina, 2001, p. 696.

<sup>6</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, *op. cit.*, p. 697.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

É precisamente por essa razão que a doutrina apenas tem vindo a admitir, como únicos desvios possíveis ao princípio da intangibilidade das propostas, os ajustamentos *i)* que resultem da retificação de erros manifestos ou *ii)* que sejam realizados com base em operações de mera concludência ou cálculos meramente matemáticos. Apenas nestes dois casos é possível, a solicitação do concorrente ou oficiosamente, pelo júri, introduzir acertos nas propostas tal como inicialmente formuladas. Tudo o mais, ou seja, todas as «operações de substituição/reformulação dos atributos, dos juízos de mérito (técnico, económico ou financeiro) formulados na proposta para, mal ou bem, responder ao 'projeto contratual' posto à concorrência, incidindo sobre opções do concorrente<sup>7</sup>», são inadmissíveis. Por outras palavras, admitem-se apenas retificações que não importem a realização de juízos de prognose sobre a expressão da vontade contratual do concorrente. Com efeito, constituindo a proposta final o documento onde o concorrente expõe as condições com que pretende ganhar o concurso, não se pode deixar de exigir que essa exposição seja firme e clara, não havendo margem para qualquer valoração interpretativa do texto da proposta que não se revele indiscutível para qualquer intérprete à luz das circunstâncias em que foi produzida.

As mesmas razões que afastam a invocação de erro de escrita manifesto, impossibilitaram o júri do concurso de proceder ao ajustamento da proposta através de uma «operação de mera concludência ou de um cálculo puramente matemático, feito com base em critérios transparentes e objetivos». Com efeito, também a introdução deste tipo de ajustamentos só é justificada nas situações em que a intervenção corretiva intente restabelecer e inserir na proposta a vontade real do concorrente, que se torna cognoscível a partir da análise de outros elementos que a revelam inequivocamente. Inexistindo estes elementos, como sucede no caso em apreço, qualquer operação corretiva do teor da proposta acaba por traduzir-se numa valoração prognóstica, e não um mero juízo cognoscitivo, estando impregnada de um inegável grau de subjetivismo, o que a torna inaceitável em face dos princípios reguladores da contratação pública, em especial o princípio da intangibilidade das propostas.

Os concorrentes encontram-se obrigados, à luz do n.º 7 do artigo 61.º do CCP, a identificar, expressa e inequivocamente, relativamente a *cada um* dos erros e omissões aceites pela entidade adjudicante, os termos e o valor, incorporada no preço indicado na proposta, do respetivo suprimento. Esta obrigação foi introduzida pelo legislador precisamente para pôr um ponto final nas dúvidas que se vinham acumulando a este respeito, e que levaram, inclusivamente à produção de doutrina e jurisprudência contraditória sob a égide do revogado Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março.

A entrada em vigor do CCP veio, pois, permitir dissipar todas as dúvidas no que respeita às consequências jurídicas da falta de exaustividade no âmbito do suprimento de erros e omissões.

<sup>7</sup> Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, "Os princípios gerais da contratação pública", *Estudos da Contratação Pública – I* (organização: Pedro Gonçalves), Coimbra, 2008, pág. 81.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

Efetivamente, o legislador consagrou, com o referido n.º 7 do artigo 61.º, uma solução normativa inquestionável, de acordo com a qual os concorrentes que não indiquem, *expressa e inequivocamente*, todos os termos de suprimento dos erros e omissões aceites pela entidade adjudicante, bem como o respetivo valor, incorporado no preço da proposta, verão a sua proposta excluída, ao abrigo do disposto na alínea j) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

A *ratio* subjacente à opção do legislador foi a de preencher a lacuna que existia neste domínio abdicando de ponderações subjetivas e casuísticas em torno da *essencialidade* das faltas em matéria de erros e omissões, que obrigariam a entidade adjudicante ao complexo, moroso e sobretudo *falível* processo de pesar na balança dos princípios aplicáveis no âmbito da atividade administrativa, nomeadamente de proporcionalidade, igualdade, transparência e concorrência, quando é que, em função do valor relativo da falha, do seu impacto financeiro ou grau de perturbação na ordenação das propostas, é que determinada proposta deveria ou não ser objeto de exclusão.

Conforme tem vindo a ser defendido pela doutrina, «*toda a formalidade prescrita por lei é essencial*»<sup>8</sup>, só se degradando em mera irregularidade (formalidade não essencial) «*quando, apesar da omissão ou irregularidade, se tenha verificado o facto que ela se destinava a preparar ou alcançado o objetivo específico que mediante ela se visava produzir*»<sup>9/10</sup>.

No domínio específico de procedimentos pré-contratuais, idêntica linha de raciocínio tem sido invocada pela jurisprudência<sup>11</sup> e doutrina<sup>12</sup>, sempre e desde que não exista ofensa dos princípios gerais com incidência nesse contexto. Nesta lógica, uma formalidade só será não essencial quando, levado a cabo um 'teste de resistência' - como a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo parece autorizar<sup>13</sup> — se prove «*que o resultado da decisão teria de ser*

<sup>8</sup> MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, Vol. I., Coimbra, 1982, (reimp.), pág. 505.

<sup>9</sup> MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, *op. cit.*, págs. 471 e 472.

<sup>10</sup> Em idêntica linha, SÉRVULO CORREIA, no contexto das formalidades que à Administração incumbe diretamente observar, defende a inexistência de razões para afastar "(...) *aquele princípio doutrinário e jurisprudencial segundo o qual se não produzirá uma invalidade quando, não obstante a preterição da formalidade, se tenham obtido os efeitos que a lei com aquela pretenda acautelar*. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982, p. 125.

<sup>11</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20.02.1986 (in *Acórdãos Doutrinários*, n.º 303, pág. 364), no qual o Tribunal salienta que é irrelevante a falta de cumprimento de formalidades quando tenham sido alcançados os objetivos que com elas se visava atingir; cfr., igualmente, os Acórdãos mais recentes do Supremo Tribunal Administrativo, de 04.11.2003 (processo n.º 1888/02) e de 07.06.2006 (processo n.º 1260/05), ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>12</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2002, págs. 416 e segs; VIEIRA DE ANDRADE, "Validade (do ato administrativo)", *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, pág. 584.

<sup>13</sup> A este propósito, o Supremo Tribunal Administrativo, no já referido Acórdão de 1 de outubro de 2003, Proc. n.º 048035, afirma que "o *mais que pode aceitar-se é que o tribunal deixe de proferir a anulação contenciosa se lhe for exibida prova (cujo o ónus compete ao recorrido e será decerto muito difícil) de que a violação cometida não teve qualquer espécie de influência no resultado decisório, que seria sempre o mesmo se o dever de transparência não tivesse sido criado. Simplesmente, no caso dos autos essa demonstração não foi feita. O argumento de que o concorrente em causa recebeu uma má pontuação no fator de avaliação que se prendia com o mérito do projeto da autoria da empresa [que colaborou com a entidade adjudicante na preparação do concurso] é manifestamente insuficiente para arredar por completo qualquer desconfiança".*

G



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
**SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO**

*inelutavelmente o que foi tomado<sup>14</sup>, encontrando-se plenamente alcançado o objetivo visado com a formalidade imposta».*

Como tal, quando, num determinado caso, «a omissão de uma formalidade não tenha impedido a consecução dos objetivos ou valores jurídicos que ela se destinava a servir, realizados por outra via»<sup>15</sup>, haverá que proceder a uma «teleológica desconsideração desta formalidade»<sup>16</sup>. E este enquadramento de desconsideração de formalidades legais ou regulamentares aplica-se igualmente aos atos praticados pelos particulares (concorrentes ou candidatos) no âmbito do procedimento administrativo: «qualquer inobservância ou deficiente cumprimento de formalidades legais ou regulamentares apenas implica (...) a sua não aptidão para produzir os efeitos próprios ou típicos a que tende, se não se puder, mesmo assim, considerar que os interesses ou valores que essa formalidade visava tutelar se encontram, no caso concreto, acautelados e assegurados por outra via»<sup>17</sup>.

Em suma, não obstante, em regra, as formalidades exigidas pelo bloco legal (compreendendo não só a lei mas também um aspeto ou elemento da proposta ou os preceitos concursais gizados pela Administração) deverem presumir-se *essenciais*, há, todavia, casos em que a formalidade pode ser reputada de *não essencial*, quando, apesar da omissão, se tenha verificado o facto que elas se destinavam a preparar ou alcançado o objetivo específico que mediante elas se visava produzir, ou quando não sejam, com essa desconsideração, molestados os parâmetros que enformam os procedimentos concursais, em especial os princípios da *igualdade, imparcialidade, publicidade, transparência, concorrência, estabilidade e boa fé*.

Nenhum destes pressupostos de aplicação da teoria das formalidades não essenciais se encontrou preenchido no caso concreto.

Em primeiro lugar, com o disposto no n.º 7 do artigo 61.º do CCP pretendia-se que os elementos que exprimem a declaração de vontade constante da proposta fossem integrados pelos termos de suprimento e pelo valor, incorporado no preço da proposta, dos erros e omissões.

Assim, sendo um dos pressupostos de degradação das formalidades em não essenciais a verificação do facto que estas se destinavam a preparar ou a concretização do objetivo específico que mediante as mesmas se visava produzir, a verdade é que, no caso em apreço, esta conclusão não pôde ser alcançada pelo júri aquando da apresentação da proposta. Porque tais quantidades não foram atualizadas, não podia o júri saber ou sequer afirmar que o concorrente se iria efetivamente vincular a fornecer aqueles bens, pelo valor incorporado no preço da proposta:

<sup>14</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (2.ª Secção do Contencioso Administrativo), de 3 de fevereiro de 2004, Proc. n.º 030/04.

<sup>15</sup> Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, "Os princípios gerais...", cit., pág. 110.

<sup>16</sup> Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, "Os princípios gerais da contratação pública", *Estudos da Contratação Pública – I* (organização: Pedro Gonçalves), Coimbra, 2008, págs. 108-109.

<sup>17</sup> Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, "Os princípios gerais...", cit., págs. 110-111.





REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO

logo, não podia o júri concluir que a finalidade visada pelo n.º 7 do artigo 61.º do CCP estava preenchida.

Não é pelo facto de se encontrar previsto um preço unitário para aquele tipo específico de bens, que o júri está autorizado a substituir-se à vontade do concorrente para, corrigindo a sua proposta, determinar que as quantidades corrigidas foram contempladas pelo concorrente e se encontram abrangidas pelo preço da proposta. Aliás, o preço unitário sempre deveria ser indicado para efeitos de determinação da remuneração posterior do empreiteiro, no âmbito de eventuais trabalhos de suprimento de erros e omissões ou de trabalhos a mais. Portanto, das duas uma: ou o júri entendia que o preço global da proposta não incluía aquela quantidade e, como tal, teria de ser paga posteriormente em sede de trabalhos a mais, ou o júri assumia que as quantidades corrigidas se encontravam englobadas no preço contratual global e, nesse caso, para efeitos de pagamento ao empreiteiro sempre teria de proceder a uma modificação do preço unitário daqueles itens, pois teria de se repartir a fatia total do preço previsto para aquele tipo de bens por um número superior do que aquele inicialmente previsto.

Tendo o júri mais do que uma opção passível de ser tomada, parece resultar claro que não estava em causa um mero cálculo matemático de retificação de lapsos, exigindo-se antes ao júri que levasse a cabo um inadmissível juízo subjetivo de prognose, efetuando uma estimativa sobre qual seria a opção que corresponderia à hipotética vontade contratual do concorrente. No momento de análise das propostas, porque tais elementos não foram integrados na proposta, não podia o júri saber ou sequer afirmar que o concorrente se comprometia a cumprir todos os requisitos impostos pelo caderno de encargos e se os mesmos estariam incluídos no preço contratual global.

E, para efeitos de se saber qual teria sido a verdadeira intenção do concorrente, subjacente à declaração negocial emitida, também não se mostrava viável solicitar a este respeito quaisquer esclarecimentos ao concorrente, precisamente porque essa opção lhe permitiria *completar, corrigir* ou *suprir omissões* da sua proposta relativamente a um aspeto da execução do contrato que constitui uma condição do caderno de encargos e cujo preço foi submetido à concorrência pelo caderno de encargos, em violação do disposto no n.º 2 do artigo 72.º do CCP.

Mas a falta de atualização *supra* identificada é tanto mais gravosa quanto o elemento em falta incidia sobre um aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos e integrado no critério de adjudicação, o «Preço», sendo assim um elemento necessário à avaliação da proposta. No mesmo sentido, vem defendendo MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA que «(...) a irregularidade é essencial quando ela prejudica a igualdade entre os concorrentes ou a possibilidade da correta e imparcial comparação da sua com as outras propostas; caso contrário, a irregularidade da proposta considerar-se-á não essencial»<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1980, p. 669.

67



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
**SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO**

Este aspeto remete, pois, para o problema da *comparabilidade das propostas*. Com efeito, o procedimento adjudicatório só pode ser terminado com sucesso, permitindo a ordenação correta das propostas e a adjudicação de uma delas, quando cada um dos elementos que delas constam e que releva para a sua avaliação seja comparável com os demais, assegurando a averiguação da sua *performance* ou do seu *mérito relativo*.

Assim, se um concorrente responde a um fator ou subfator do critério de adjudicação indicando elementos diversos daqueles que a entidade adjudicante lhe solicitou ou omitindo alguns dos elementos essenciais sobre os quais a avaliação assentará, o próprio júri fica desprovido da capacidade de comparar a informação contida nas diversas propostas. Não é possível, assim, determinar qual das propostas é mais atrativa para o interesse público.

Em suma: ao não apresentar os elementos exigíveis ao abrigo do disposto no n.º 7 do artigo 61.º do CCP, o concorrente deixa de confirmar o seu compromisso contratual quanto ao cumprimento de todas as obrigações que sobre ele incumbiriam caso a sua proposta fosse adjudicada, pelo que o júri não pode sequer atribuir uma pontuação inferior à proposta, antes, simplesmente não a pode avaliar<sup>19</sup>; e, ainda que a proposta fosse admitida, são omissos os atributos essenciais à sua avaliação – pelo que tal proposta não poderia ser comparada com as demais.

Do supra exposto tiram-se duas conclusões, a saber: a distinção entre *faltas essenciais* e *faltas não essenciais*, não tem aplicação para efeitos do n.º 7 artigo 61.º do CCP; ainda que tivesse aplicação, a (assumida) falta sempre seria *essencial*, não se vislumbrando, aliás, qualquer fundamento para a presunção de *não essencialidade* a que se reporta o concorrente.

Não deve, portanto, o facto de a falta em causa representar um valor muito reduzido perante o valor global do contrato — de acordo com o concorrente € 1.320,00 — determinar se aquela falta constituía ou não a omissão de uma formalidade *essencial*.

Importa ainda esclarecer que a apresentação de todos os termos e o valor de suprimento de todos erros e omissões constitui sempre, e em qualquer circunstância, um elemento imprescindível do ponto de vista das finalidades do concurso, pois é uma questão de atribuição de valor de compromisso contratual à proposta do concorrente.

Não se trata pois de qualquer formalismo supérfluo, afastável pelas partes. Sem a assunção do compromisso por parte dos concorrentes em fornecer aquelas quantidades que integram o objeto contratual, não pode o júri do concurso ou a entidade adjudicante ter, só por si, a certeza da vinculação do concorrente ao objeto do caderno de encargos que foi submetido a concurso. E sendo essa falta *essencial*, outra solução não poderia ser adotada que não fosse a sua exclusão.

Deve dizer-se ainda que, uma decisão administrativa tão gravosa como a não admissão de uma proposta apresentada a um concurso público pode ser determinada por razões de natureza

<sup>19</sup> Nos termos previstos no n.º 1 do artigo 146.º do CCP, a avaliação da proposta e a atribuição de uma pontuação é realizada após a sua análise – pelo que a proposta não pode sequer ser pontuada se antes é detetada uma causa de exclusão.

9



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES  
**SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO**

formalista. O que sucede é que o formalismo vazio e sem sentido deve ser efetivamente rejeitado; no entanto, o formalismo que corresponde à necessidade da defesa ou da tutela de interesses materiais é um formalismo cuja não observância tem consequências drásticas e gravosas, como é o caso presente que implica a não admissão de uma proposta.

Há um fundamental interesse material que está subjacente à exigência formal do n.º 7 do artigo 61.º: sem a apresentação desses elementos não tem a entidade adjudicante prova irrefutável de que a proposta que lhe foi submetida e que ela, após proceder à respetiva correção, pretende adjudicar por considerar a melhor à luz do critério estabelecido é efetivamente a proposta que representa a vontade contratual do concorrente.

É certo que um dos princípios estruturantes de um procedimento concursal é justamente o da *concorrência*. Não se desconhece a sua importância e consequências na satisfação dos interesses públicos envolvidos no lançamento de um concurso. Mas também não se olvida que os procedimentos administrativos concursais são dominados — ao contrário do que sucede com a generalidade dos procedimentos administrativos — por um princípio de formalidade.

A conciliação entre o *princípio da concorrência* e o *princípio da formalidade* não está, pois, numa absoluta e radical desconsideração das regras de natureza formal. Até porque, a verificar-se tal desconsideração, não estaríamos perante uma conciliação de princípios. Essa conciliação passa antes pela previsão de que as formalidades e trâmites do procedimento concursal não tenham todos a mesma relevância, e, conseqüentemente, a mesma garantia sancionatória.

2. Nenhum dos atos do procedimento foi objeto de impugnação contenciosa.

3. Conforme solicitado remete-se:

- a) Lista de preços unitários apresentada pelo consórcio ABB – Alexandre Barbosa Borges, S.A. e Britalar – Sociedade de Construções, SA;
- b) Informação de compromisso, prestada em conformidade com o artigo 9.º da Resolução n.º 14/2011, de 11 de julho, bem como o respetivo anexo II, com repartição de encargos adequada ao cronograma financeiro da empreitada.
- c) Declarações assinadas por S. Exa. a Secretária Regional da Educação e Formação relativas às alíneas c), d) e e) do n.º 2 do artigo 17.º da Resolução n.º 14/2011, de 11 de julho.

Com os melhores cumprimentos,

A DIRETORA REGIONAL  
*Maria da Graça Teixeira*  
MARIA DA GRAÇA LOPES TEIXEIRA