# DECISÃO N.º 01 | 2024

TRIBUNAL DE CONTAS
SECÇÃO REGIONAL DOS AÇORES

Data: 26/07/2024
Processo: 32/2024

Relatora: Juíza Conselheira Cristina Flora

**DESCRITORES:** ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE — AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS — CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS — CRONOGRAMA FINANCEIRO — PLANO DE PAGAMENTOS — FISCALIZAÇÃO PRÉVIA —RECUSA DE VISTO

**SUMÁRIO**

A incorreta exclusão da proposta de preço mais baixo e a consequente adjudicação à única proposta admitida consubstanciaram uma ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, na medida em que, se não ocorresse este vício, a decisão final conduziria necessariamente à adjudicação da proposta de preço mais baixo, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constitui motivo de recusa de visto do respetivo contrato.

## I – Relatório

1) Em 05-06-2024, o Município de Ponta Delgada submeteu a fiscalização prévia o contrato de empreitada de obras públicas para a conclusão da empreitada de construção de cobertura do Mercado da Graça, celebrado com a empresa Marques, S.A., no valor de 1 743 813,54 euros e com o prazo de execução de 12 meses.

2) Na sequência das devoluções administrativa e jurisdicional do processo de fiscalização prévia e dos esclarecimentos obtidos, foi elaborado o Relatório, datado de 16/07/2024, com dúvidas quanto à concessão ou recusa de visto, atento o disposto no 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas - LOPTC).

3) Foi dada vista ao Ministério Público e aos assessores, nos termos e para efeitos do artigo 105.º, n.º 2, da LOPTC.

4) Em sessão extraordinária, com a assistência do Ministério Público e a participação dos assessores, cumpre apreciar e decidir, nos termos do artigo 105.º, n.º 1, *ex vi* artigo 106.º, n.º 1, ambos da LOPTC, conjugados com o artigo 73.º do Regulamento do Tribunal de Contas.

## II – Fundamentação fáctica

### II.1. Factos Provados

5) Dão-se como assentes, por provados, os seguintes factos relevantes para a decisão:

   a) Por deliberação da Câmara Municipal de Ponta Delgada, de 07/02/2024, foi decidido contratar a conclusão da empreitada de construção da cobertura do Mercado da Graça;

   b) Para o efeito, foi lançado um concurso público, ao abrigo dos artigos 14.º, n.º 1, al. b), e 19.º, al. b), do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores;

   c) O concurso foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, em 08/02/2024;

   d) O critério de adjudicação, nos termos do artigo 17.º, n.º 1, do Programa de Concurso, foi o da «proposta economicamente mais vantajosa, determinada pela modalidade monofator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um único aspeto da execução do contrato, designadamente o preço, conforme previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP»;

e) Foram apresentadas duas propostas;

f) No relatório preliminar de análise de propostas, datado de 26/03/2024, foi feita a seguinte ordenação, de acordo com o critério de adjudicação:

| Concorrente | Valor Total da Proposta (s/IVA) | Classif. |
|---|---|---|
| Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Ld.ª | 1.488.185,82€ | 1.º |
| Marques, S.A. | 1.743.813,54€ | 2.º |

g) Na conclusão do relatório referido na alínea anterior fundamentou-se a ordenação do seguinte modo: "Considera o júri do concurso que a proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda, no valor de 1.488.185,82€ (...) com um prazo de execução de 12 meses, cumpre o disposto no art. 47.º do CCP, não excedendo o preço base fixado em 1.750.000,00€ (...) reunindo as necessárias condições de aceitação, pelo que é a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante. Face ao exposto propõe o Júri, para efeitos da realização da audiência prévia, conforme disposto no art. 147.º do CPP, o presente relatório preliminar. (...)"

h) Em sede de audiência prévia sobre o teor do relatório preliminar, o concorrente ordenado em 2.º lugar apresentou, em 03/04/2024, uma pronúncia alegando que existiria uma causa de exclusão aplicável à proposta classificada em 1.º lugar:

4.

Verifica-se da análise dos documentos que instruem a proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Ld.ª., que o cronograma financeiro /plano de pagamentos apresentado não respeita o definido no Programa do Procedimento, mais precisamente no artigo 12º, nº. 1, alínea e), isto é, *"Cronograma financeiro, contendo um resumo dos valores globais correspondentes à periodicidade definida para os pagamentos, conforme definido na alínea c) do n.º 2 do artigo 57.º do CCP."*

5.

De facto, o cronograma financeiro/plano de pagamentos apresentado pelo concorrente Caetano & Medeiros, não respeita a periodicidade definida para os pagamentos, uma vez que, sendo os pagamentos efetuados no prazo de 30 dias após a entrega das respetivas faturas, segundo o previsto no ponto 7.2 do caderno de encargos da empreitada, não deveriam registar-se pagamentos no mês 1 da empreitada.

O concorrente Caetano & Medeiros apresenta o documento Cronograma Financeiro igual ao documento Plano de Pagamentos, quando estes documentos são distintos.

O Concorrente Caetano & Medeiros apresenta ainda um documento o: Plano de Pagamentos por Série de Trabalho onde novamente não respeita a periodicidade definida para os pagamentos, 30 dias após a entrega das respetivas faturas.

O facto é que o concorrente Caetano & Medeiros prevê um pagamento no mês 1 da empreitada, no seu cronograma financeiro/plano de pagamentos, não respeitando desta forma o preceituado na alínea c) do n.º 2 do artigo 57.º do CCP.

7.

Assim sendo, à luz do previsto na alínea a), do nº. 2, do artigo 70º do CCP, a proposta do concorrente Caetano & Medeiros deverá ser excluída, pelo facto de um dos documentos da proposta não conter os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule.

Assim à luz do previsto na alínea d), do nº. 2, do artigo 146º do CCP, o Júri deve propor a exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros.

i) No segundo relatório preliminar, datado de 15/04/2024, o júri propôs a adjudicação da proposta do concorrente Marques, S.A., e a exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., «com fundamento no facto de a mesma não cumprir com as condições de pagamento previstas nas cláusulas do Caderno de Encargos, as quais constituem um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência, cuja sanção para a sua violação é a exclusão, conforme disposto na alínea b), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP», porquanto «prevê um pagamento no mês 1 da empreitada, no seu cronograma financeiro/plano de pagamentos».

j) Em 19/04/2024, o concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., pronunciou-se sobre o segundo relatório preliminar, sustentando que não se verificava uma causa de exclusão aplicável à sua proposta, nos seguintes termos:

Ora, antes de mais importa ter presente um facto notório: **não há faturação de trabalhos numa empreitada de obras públicas no mês 1 de execução dos trabalhos. É impossível !!!**

Tal decorre do facto do disposto no artigo 388.º e seguintes, do Código dos Contratos Públicos, e qualquer operador económico minimamente experiente nestas lides o sabe.

Com efeito, é impossível faturar trabalhos no mês 1 da empreitada, uma vez que os mesmos ainda têm de ser medidos no final desse mês e, posteriormente, faturados (liquidados) nos termos previstos no artigo 392.º, do CCP e seguintes.

Qualquer operador económico, quando apresenta a respetiva proposta, o faz no pressuposto de que estas normas são conhecidas das Entidades Adjudicantes.

A concorrente Caetano & Medeiros tem larga experiência na apresentação de propostas em concursos públicos.

A referida concorrente sempre apresentou cronogramas financeiros da mesma forma e as Entidades Adjudicantes sempre souberam interpretar os mesmos.

Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 57.º, n.º 2, al. c), do CCP, um cronograma financeiro é um documento que contém um resumo dos valores globais correspondentes à periodicidade definida para os pagamentos, subdividido pelas componentes da execução de trabalhos a que correspondam diferentes fórmulas de revisão de preços.

E foi precisamente isso que a concorrente Caetano & Medeiros fez. Com efeito, quando se lê "*M1*", no documento "*e) Cronograma_signed*", da proposta da concorrente Caetano & Medeiros refere-se a: pagamento referentes ao mês 1 de trabalhos. Ou seja, "*M1*" significa que em relação ao mês 1 de execução de trabalhos, a concorrente prevê executar trabalhos e receber pagamento na quantia de 18,565.64 €, como qualquer pessoa pode compreender, sendo que, ainda, a referência a "*M1*" prende-se com o facto de os pagamentos terem uma periodicidade mensal (30 dias).

Aliás, a mesma coisa fez a concorrente Marques no documento "*Cronograma Financeiro*", em que prevê faturar em relação ao mês 1 da empreitada a quantia de 91.834,89 €.

> É verdade que a referida concorrente apresenta um documento denominado "*plano de pagamentos*", mas tal documento nem é um plano de pagamentos na aceção do artigo 361.º, do CCP e, caso se considere que é um cronograma financeiro, então há uma contradição entre ambos os documentos ("*Cronograma Financeiro*" e "*plano de pagamentos*"), devendo, igualmente, a proposta da concorrente Marques ser excluída.
>
> Com efeito, tendo as concorrentes Caetano & Medeiros e Marques apresentado cronogramas financeiros nos mesmos termos, o júri só tem duas alternativas: excluir as duas ou admitir as duas, sob pena de violação do princípio da legalidade e da igualdade.
>
> Assim, requer-se a V. Exas. que revejam a posição do segundo relatório preliminar, propondo a admissão da proposta da concorrente Caetano & Medeiros e a respetiva adjudicação, o que evitaria, em caso de adjudicação à concorrente Marques, a impugnação judicial da decisão de adjudicação.

k) O Júri, no relatório final de apreciação das propostas, datado de 26/04/2024, manteve o projeto de exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., «com fundamento no facto de a mesma não cumprir com as condições (periodicidade) de pagamento previstas na cláusula 7.2 do CE do Caderno de Encargos (o que constitui um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência, cuja sanção para a sua violação é, precisamente, a exclusão, conforme disposto na alínea b), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP», porquanto «prevê um pagamento no mês 1 da empreitada, no seu cronograma financeiro/plano de pagamentos».

l) A decisão de adjudicação, tomada pela Câmara Municipal de Ponta Delgada, em 02/05/2024, recaiu sobre a proposta do concorrente Marques, S.A;

m) Em 23/05/2024 foi celebrado o respetivo contrato, e posteriormente submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto;

n) O processo de fiscalização prévia foi objeto de devolução administrativa e, subsistindo dúvidas relevantes da sua análise, foi objeto de devolução jurisdicional, na sequência de despacho de 02/07/2024, tendo sido solicitado ao Município de Ponta Delgada que, entre outras matérias:

1) Esclareça a validade da exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, tendo em consideração que:

   a. Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, alínea e), do Programa do Procedimento, exige-se a presentação de «Cronograma financeiro, contendo um resumo dos valores globais correspondentes à periodicidade definida para os pagamentos, conforme definido na alínea c) do n.º 2 do artigo 57.º do CCP»;

   b. Na alínea c) do n.º 2 do artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), se determina que a proposta deve ser constituída por um «cronograma financeiro, quando o caderno de encargos seja integrado por um projeto de execução, contendo um resumo dos valores globais correspondentes à periodicidade definida para os pagamentos, subdividido pelas componentes da execução de trabalhos a que correspondam diferentes fórmulas de revisão de preços;

c. O caderno de encargos não define a periodicidade dos pagamentos, mas sim o prazo dos mesmos, conforme resulta do ponto 7.2 desse documento;

d. O prazo dos pagamentos é um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, para o qual a entidade adjudicante não fixou limites mínimos ou máximos a que as propostas se devem vincular, sendo, portanto, uma condição imposta no caderno de encargos para a qual é suficiente a declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos;

e. No Cronograma Financeiro do concorrente Caetano & Medeiros, prevê-se a periodicidade mensal dos pagamentos, com a referência de que no mês 1 da empreitada os trabalhos a faturar terão um determinado valor. Nada se declara quanto ao prazo de pagamento desses trabalhos, nem é necessário porque o caderno de encargos já definiu esse prazo (cf. ponto 7.2, e alíneas c. e d. acima);

f. No documento "Cronograma Financeiro" da proposta do adjudicatário, prevê-se faturar em relação ao mês 1 da empreitada a quantia de 91 834 89 euros, sendo que, neste caso, o júri não considerou que a proposta devia ser excluída por violar um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, entendimento que, a confirmar-se, viola os princípios da legalidade e da igualdade;

g. A proposta da concorrente Caetano & Medeiros apresenta o preço mais baixo;

h. A eventual ilegalidade que altere o resultado financeiro do contrato pode ser fundamento de recusa de visto, em conformidade com o disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

(...)

9) Em complemento ao ponto 1):

   a. Considerando que a proposta da concorrente Caetano & Medeiros (não remetida) será eventualmente constituída pelo Anexo I do projeto de execução, onde se declara que o concorrente aceita, sem reservas, todas as cláusulas do caderno de encargos, esclareça a ausência de pedido de esclarecimentos ao concorrente, nos termos do artigo 72.º do CCP;

   b. Considerando que o cronograma financeiro da proposta do adjudicatário também prevê a realização de pagamentos no mês 1, demonstre em que medida foram observados os princípios da igualdade de tratamento e de concorrência.

o) Em resposta, o Presidente da Câmara Municipal informou o seguinte:

Com a apresentação da sua proposta, o Concorrente "Caetano & Medeiros" apresentou um documento de cronograma financeiro, no âmbito do qual faz a distinção entre *cronograma financeiro* (em sentido estrito) e *plano de pagamentos* – elementos graficamente apresentados de forma autónoma na sua proposta.

Contrariamente ao que se leva a crer do entendimento deste Tribunal, a exclusão do concorrente não se prendeu com a apresentação do cronograma financeiro por si (em sentido estrito, tal como acima começou por se evidenciar), mas sim pela junção adicional (graficamente autonomizada), feita pelo próprio concorrente, de um *plano de pagamentos*, que, por si e nos termos pelo mesmo redigidos, compromete as regras definidas em referência **ao vencimento das obrigações de pagamento do preço estipuladas em CE**, e normas gerais aplicadas às empreitadas.

Ou seja, o *cronograma financeiro* apresentado pelo Concorrente e pelo qual se demonstram **os encargos tidos em obra cronologicamente determinados**, até pode, em abstrato, ir na linha do previsto para a periodicidade mensal definida para os pagamentos; contudo, o *plano de pagamentos*, autonomizado, e pelo qual se preveem, quantificada e escalonada no tempo, os valores de cada espécie de trabalhos a realizar pelo empreiteiro, na periodicidade definida para os pagamentos pelo dono de obra (conceito distinto de *cronograma financeiro*), apresentado pela proposta excluída, em densificação da declaração negocial de vontade do Concorrente, **compromete as regras referentes ao vencimento da obrigação** de pagamento definidas no CE - compromete o art. 299.º do CCP, **que por sua vez apenas aparece após cumprimento das regras de medição que definem qual a obrigação a vir a vencer**. Isto porquanto, o documento apresentado na proposta excluída (a que o concorrente deu o nome de "plano de pagamentos") ao prever um valor **a pagamento** logo no mês 1, prevê claramente um pagamento em momento prévio aos prazos definidos para medição e emissão de fatura, anterior **ao vencimento da obrigação**, o que não pode ser, face à lei e face ao definido no próprio CE.

***c) O caderno de encargos não define a periodicidade dos pagamentos, mas sim o prazo dos mesmos, conforme resulta do ponto 7.2 desse documento;***

Com o devido respeito, a cláusula 7.2 do CE não refere apenas e só o prazo de pagamento; refere muito mais do que isso: *"7.2 Os pagamentos serão (i) efetuados no prazo de 30 dias (ii)* ***após a entrega das respetivas faturas****,* ***as quais só podem ser emitidas (iii) após o vencimento da obrigação a que se referem****, de acordo com o disposto no artigo 299º do Código de Contratação Pública"* – cfr. o nº 3 do art. 299º do CCP.

Constituindo este um contrato de empreitada, e ainda que se possa admitir que o CE não fará sobressair de modo literal-expresso *a indicação mensal quanto à periodicidade de pagamentos*, esta resulta inequivocamente estipulada como ***mensal*** pela aplicação (e ainda que supletiva seja) dos artigos 388.º/n.º 1 e 392.º n.º 1 do CCP, tal como fundamentado, nomeadamente, no relatório final do júri – e também por via indubitável, neste sentido, das cláusulas 3.1.3 e 18.2 do CE, dando-se por reproduzidas.

Acentua-se, no entanto e sempre o seguinte: o prazo dos pagamentos, coisa distinta, por sua vez, fica definido com a emissão da fatura, **a qual, todavia, apenas pode ser emitida quando se encontre vencida a obrigação que substantivamente a legitima** - e a *obrigação pecuniária* (**não confundir** com a primeira, ou seja não confundir obrigação *pecuniária* com a primacial *obrigação* que ora releva e que, nos termos do cit. nº 3 do art. 299º do CCP, se consubstancia com a realização e medição dos trabalhos), depois, por seu turno, apenas se vence, **agora sim, após a emissão da fatura** ocorrida com a liquidação, tal como definido no artigo 392.º do CCP.

***d) O prazo dos pagamentos é um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, para o qual a entidade adjudicante não fixou limites mínimos ou máximos a que as propostas se devem vincular, sendo, portanto, uma condição imposta no caderno de encargos para a qual é suficiente a declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos;***

Como decorre das respostas precedentes, a questão não se prende com o prazo de pagamento (estipulado em 30 dias), **mas com o desrespeito pelo Concorrente "Caetano e Medeiros" pela regra de vencimento da obrigação para posterior pagamento (regra esta prevista inequivocamente no CE, como acima demonstrado)**. São, pois, coisas perfeitamente distintas. Ou seja, verifica-se, pelo mesmo concorrente, o desrespeito pelo momento em que se determina a obrigação da entidade adjudicante, que apenas ocorre uma vez que efetuada a medição dos trabalhos realizados (!!), após o encerramento do correspondente mês. **Caso se tratasse do prazo de pagamento, a fatura tinha de ser emitida no dia 1 da empreitada para que ao fim do 1.º mês ficasse cumprido ou se desse cumprimento (a)o prazo de pagamento, o que nem faz sentido**… - não se deverá, pois, confundir este aspecto, confundindo-se os conceitos. (Veja-se, abaixo, o posicionamento que a mesma empresa, "Caetano & Medeiros", hoje já tem sobre o assunto e manifestado em outra empreitada a que no entretanto concorreu, argumentando exatamente na linha do que ora se explana).

Por isso que, ao contrário do que parece preconizar uma primeira e preliminar abordagem do venerando Tribunal de Contas, não bastaria, *in casu*, a subscrição, pelo concorrente, da *declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos*.

Na verdade,

Diga-se, em geral, que esta *Declaração de Aceitação do Conteúdo do Caderno de Encargos* é, na realidade, uma redundância legal, pois a mera apresentação da proposta já assume, de forma inequívoca, essa aceitação.

Porém, não tem o valor *absoluto* que se lhe possa pretender conferir, bastando, para chegar a essa conclusão, atender-se que a apresentação de tal declaração não dispensa a exigente tarefa de *análise das propostas*, destinada a aferir se estas se encontram nas condições necessárias para poderem ser consideradas com vista a uma eventual adjudicação (ou seja, averiguar se nas propostas apresentadas se verifica algum dos motivos *formais* de exclusão, previstos no artigo 146º, n.º 2 do CCP, ou algum dos motivos *materiais* de exclusão, previstos nos artigo 70º, n.º 2).

Que assim é, veja-se o que nos esclarece o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 20 de maio de 2021, in www.dgsi.pt, proferido no âmbito do processo nº 167/20.1BEFUN, mesmo para os casos em que os concorrentes tenham, logo *ab initio*, com a proposta, subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos (destacados nossos):

> "Tendo a concorrente subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos (Anexo I-M), não permite afastar a relevância e o compromisso manifestados através da apresentação de qualquer outro documento que contenha regras técnicas ou outras que contrariem esse mesmo Caderno de Encargos**, nem a declaração de aceitação se sobrepõe aos documentos que a contrariam**, por ser necessário o cumprimento rigoroso do estabelecido nas peças do procedimento.
> Neste sentido, "(...) que, nas situações descritas na alínea b) do artigo 70.º/2 do CCP – como aliás em qualquer outra causa de exclusão onde isso pudesse servir de argumentação –, **é irrelevante o facto de o concorrente ter subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos do anexo I ao CCP ou o facto de, nos termos do artigo 96.º/5, o caderno de encargos prevalecer sobre a proposta quando haja divergência entre eles: se um atributo violar os parâmetros base ou se um termo ou condição violar um limite máximo ou mínimo, a proposta deve ser excluída, não servindo aquela declaração ou prevalência para a legitimar**" (cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, "Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública", Coimbra, Almedina, 2016, pp. 934.)"

E atente-se, assim, que, no caso, a proposta excluída, não obstante integrar a *declaração de aceitação do CE*, apresenta termos que contrariam *condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos*.

E é isto - como resulta demonstrado no relatório final do júri, dando-se por reproduzido -, o que conta, legalmente, para efeitos de exclusão da proposta – e tal como a doutrina abalizada e a jurisprudência dos tribunais administrativos têm esclarecido em situações semelhantes, cujo cumprimento a apresentação daquela declaração supõe ou implica.

***e) No Cronograma Financeiro do concorrente Caetano & Medeiros prevê-se a periodicidade mensal dos pagamentos, com a referência de que no mês 1 da empreitada os trabalhos a faturar terão um determinado valor. Nada se declara quanto ao prazo de pagamento desses trabalhos, nem é necessário porque o caderno de encargos já definiu esse prazo (cf. ponto 7.2, e alíneas c. e d. acima);***

O cronograma financeiro (em sentido estrito) do concorrente prevê a periodicidade mensal dos pagamentos, considerando **os encargos em obra**. **Mas não é isto o que está em causa.** O que está em causa é que, **adicionalmente**, em densificação da declaração de vontade expressa e inequívoca do Concorrente, também é junto pelo próprio concorrente um plano de pagamentos (autonomizado pelo próprio concorrente, acentua-se) que dita que no mês 1 **e sem que esteja vencida a obrigação de pagamento, vai logo receber**. Não se trata do prazo para o pagamento, trata-se do momento em que, com base no referido documento de *plano de pagamentos*, a entidade adjudicante fica vinculada a pagar **sem que se tenha garantido cumprir com o estabelecido para o procedimento de medição e faturação oportunamente a ocorrer em execução contratual**.

***f) No documento "Cronograma Financeiro" da proposta do adjudicatário, prevê-se faturar em relação ao mês 1 da empreitada a quantia de 91 834 89 euros, sendo que, neste caso, o júri não considerou que a proposta devia ser excluída por violar um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, entendimento que, a confirmar-se, viola os princípios da legalidade e da igualdade;***

Uma vez mais se alerta para a distinção dos elementos *cronograma financeiro* e *plano de pagamentos*, e respetivas finalidades distintas que determinam a apresentação graficamente autonomizada pelos dois concorrentes.

Em sentido inverso ao entendimento do Tribunal, e salvaguardado o devido respeito, verifique-se que o concorrente adjudicatário **não prevê faturar** no mês 1. O concorrente adjudicatário, através do seu cronograma financeiro (em *sentido estrito*) prevê a existência de encargos em obra no decorrer do mês 1; contudo, no respetivo plano de pagamentos inexiste qualquer pretensão em faturar logo nesse período temporal. Isto, contrariamente ao que acontece com o concorrente "Caetano e Medeiros" no seu documento de plano de pagamentos. O *cronograma financeiro* da empresa "Marques" apenas demonstra que, no mês 1 terá tais encargos em obra. Os quais são posteriormente medidos no mês 2, e aí faturados, para pagamento no prazo de 30 dias, conforme decorre do respetivo *plano de pagamentos*. Note-se que, no plano de pagamentos da "Marques" não há pagamentos previstos no mês 1 – de novo, não se deverá confundir os conceitos.

***g) A proposta da concorrente Caetano & Medeiros apresenta o preço mais baixo;***

A proposta da "Caetano e Medeiros" representaria um preço mais baixo e, hipoteticamente, um ganho para o Município; contudo, a proposta da "Caetano e Medeiros", ao prever um pagamento no mês 1, prevê um adiantamento de preço, em condição contrária ao CE, como se viu, o que determina a sua exclusão. (A entidade adjudicante nada podia fazer quanto a isso, porquanto, inclusivamente qualquer eventual pedido de esclarecimentos significaria, à saciedade, que o concorrente viesse alterar a sua proposta, em violação dos princípios da imutabilidade das propostas e da concorrência - cfr., abaixo, a jurisprudência dos tribunais administrativos para questão exatamente semelhante à ora em causa).

A Entidade Adjudicante aprovou as regras concursais ora em apreço de modo claro, objectivo e imperativo/inderrogável – não as submeteu à concorrência, acentua-se – e o modo de redação, também claro, voluntário, expresso e inequívoco, da proposta excluída **configura uma antecipação do pagamento do preço contratual (um adiantamento, logo à partida não previsto nem querido, para este efeito, pela entidade adjudicante).**

***h) A eventual ilegalidade que altere o resultado financeiro do contrato pode ser fundamento de recusa de visto, em conformidade com o disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.***

A admissão da proposta da "Caetano e Medeiros" representaria o Júri admitir a vinculação da Entidade Adjudicante a pagamentos ilegais por não correspondentes a serviços efetivamente prestados (por ausência de medição e faturação daí decorrente) – v.g. adiantamentos não admitidos.

***"B. Mais se solicita que o Município esclareça ainda as seguintes questões:***

***Questão n.º 9 Em complemento à questão n.º 1:***

***"a) Considerando que a proposta da concorrente Caetano & Medeiros (não remetida) será eventualmente constituída pelo Anexo I do projeto de execução, onde se declara que o concorrente aceita, sem reservas, todas as cláusulas do caderno de encargos, esclareça a ausência de pedido de esclarecimentos ao concorrente, nos termos do artigo 72.º do CCP;"***

***"b) Considerando que o cronograma financeiro da proposta do adjudicatário também prevê a realização de pagamentos no mês 1, demonstre em que medida foram observados os princípios da igualdade de tratamento e de concorrência."***

Assim,

Para esclarecimento inequívoco do Tribunal de Contas, veja-se o que dizem os concorrentes nas suas propostas, respetivamente:

**PROPOSTA DO CONCORRENTE "CAETANO & MEDEIROS"**

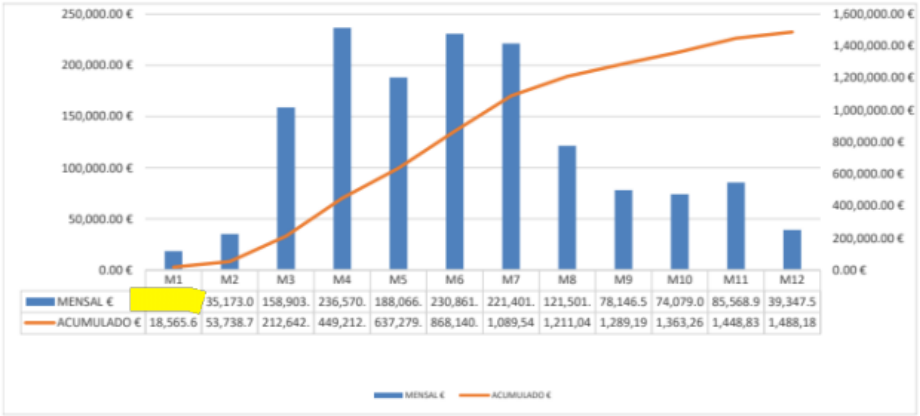
Relativamente ao cronograma financeiro, a proposta é a seguinte:

**Empreitada de Construção de Cobertura do Mercado da Graça**

**CRONOGRAMA FINANCEIRO**
**12 meses**

| MÊS | % MENSAL | % ACUMULADO | MENSAL € | ACUMULADO € |
|---|---|---|---|---|
| M1 | 1.25% | 1.25% | 18,565.64 € | 18,565.64 € |
| M2 | 2.36% | 3.61% | 35,173.06 € | 53,738.70 € |
| M3 | 10.68% | 14.29% | 158,903.53 € | 212,642.23 € |
| M4 | 15.90% | 30.19% | 236,570.36 € | 449,212.59 € |
| M5 | 12.64% | 42.82% | 188,066.77 € | 637,279.36 € |
| M6 | 15.51% | 58.34% | 230,861.44 € | 868,140.80 € |
| M7 | 14.88% | 73.21% | 221,401.04 € | 1,089,541.84 € |
| M8 | 8.16% | 81.38% | 121,501.97 € | 1,211,043.81 € |
| M9 | 5.25% | 86.63% | 78,146.53 € | 1,289,190.34 € |
| M10 | 4.98% | 91.61% | 74,079.02 € | 1,363,269.36 € |
| M11 | 5.75% | 97.36% | 85,568.96 € | 1,448,838.32 € |
| M12 | 2.64% | 100.00% | 39,347.57 € | 1,488,185.89 € |

[redacted] / Cronograma Financeiro




E no documento que o mesmo concorrente submete a título de "plano **de pagamentos** por espécies de trabalhos", expressa ainda o seguinte, em reforço e clara manifestação da intenção inequívoca de receber pagamentos no 1º mês de execução dos trabalhos (destacados, nossos):

(...)

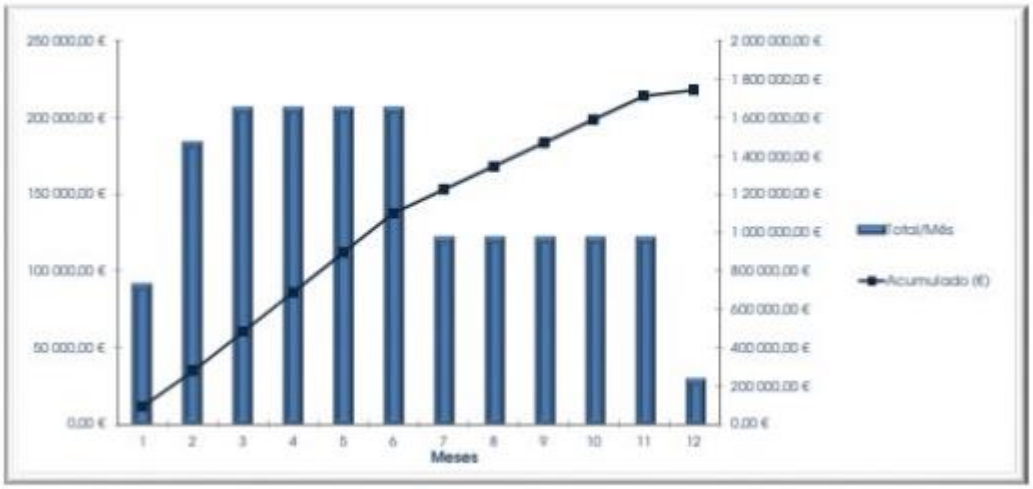
## PROPOSTA DO CONCORRENTE "MARQUES"

### CRONOGRAMA FINANCEIRO

| Meses | Mensal (%) | Acumulado (%) | Valor Mensal (€) | Acumulado (€) |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 5,27% | 5,27% | 91 834,89 € | 91 834,89 € |
| 2 | 10,55% | 15,82% | 184 035,08 € | 275 869,97 € |
| 3 | 11,84% | 27,66% | 206 415,68 € | 482 285,65 € |
| 4 | 11,84% | 39,49% | 206 415,68 € | 688 701,33 € |
| 5 | 11,84% | 51,33% | 206 415,68 € | 895 117,01 € |
| 6 | 11,84% | 63,17% | 206 415,68 € | 1 101 532,69 € |
| 7 | 7,02% | 70,19% | 122 413,51 € | 1 223 946,20 € |
| 8 | 7,02% | 77,21% | 122 413,51 € | 1 346 359,71 € |
| 9 | 7,02% | 84,23% | 122 413,51 € | 1 468 773,22 € |
| 10 | 7,02% | 91,25% | 122 413,51 € | 1 591 186,73 € |
| 11 | 7,02% | 98,27% | 122 413,51 € | 1 713 600,24 € |
| 12 | 1,73% | 100,00% | 30 213,30 € | 1 743 813,54 € |
| | 100,00% | | 1 743 813,54 € | |

| Prazo de Execução |
|---|
| **365** DIAS |

### Gráfico do Cronograma Financeiro

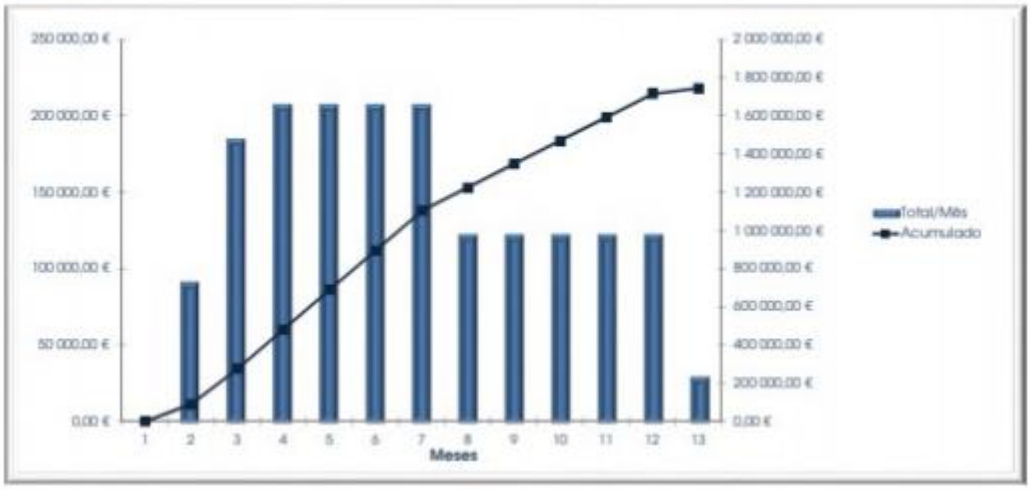


## PLANO DE PAGAMENTOS

| Meses | Mensal (%) | Acumulado (%) | Valor Mensal (€) | Acumulado (€) |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 0,00% | 0,00% | 0,00 € | 0,00 € |
| 2 | 5,27% | 5,27% | 91 834,89 € | 91 834,89 € |
| 3 | 10,55% | 15,82% | 184 035,08 € | 275 869,97 € |
| 4 | 11,84% | 27,66% | 206 415,68 € | 482 285,65 € |
| 5 | 11,84% | 39,49% | 206 415,68 € | 688 701,33 € |
| 6 | 11,84% | 51,33% | 206 415,68 € | 895 117,01 € |
| 7 | 11,84% | 63,17% | 206 415,68 € | 1 101 532,69 € |
| 8 | 7,02% | 70,19% | 122 413,51 € | 1 223 946,20 € |
| 9 | 7,02% | 77,21% | 122 413,51 € | 1 346 359,71 € |
| 10 | 7,02% | 84,23% | 122 413,51 € | 1 468 773,22 € |
| 11 | 7,02% | 91,25% | 122 413,51 € | 1 591 186,73 € |
| 12 | 7,02% | 98,27% | 122 413,51 € | 1 713 600,24 € |
| 13 | 1,73% | 100,00% | 30 213,30 € | 1 743 813,54 € |
| | 100,00% | | 1 743 813,54 € | |

| Prazo de Execução |
|---|
| **365** DIAS |

## Gráfico do Plano de Pagamentos




Do que decorre que o concorrente de modo expresso não propõe receber qualquer pagamento no mês 1 de execução do contrato.

Como se demonstra, **na primeira situação não se respeita a periodicidade definida no CE; na 2ª, respeita-se**.

As duas propostas não são, pois, *coincidentes* quanto ao respeito dessa periodicidade. Não há violação de qualquer princípio de direito, muito menos do princípio da igualdade – **existe sim o cumprimento rigoroso do princípio da concorrência, pelo tratamento pormenorizado de duas propostas distintas, uma das quais cumpre com as normas aplicáveis à execução do contrato e outra não. Sendo certo que, a visão inversa sempre se traduziria numa violação do princípio da igualdade para com o Concorrente "Marques" – exigindo-se a este um maior rigor ao cumprimento das normas impostas à execução do contrato, quando comparativamente ao Concorrente Caetano e Medeiros que apresenta termos em violação das mesmas**.

Como decorre das respostas precedentes, a questão não se prende com o prazo de pagamento (estipulado em 30 dias), **mas com o desrespeito pelo Concorrente "Caetano e Medeiros" pela regra de vencimento da obrigação para posterior pagamento (regra esta prevista inequivocamente no CE, como anteriormente demonstrado)**. São, pois, coisas perfeitamente distintas. Ou seja, verifica-se, pelo mesmo concorrente, o desrespeito **pelo momento em que se determina a obrigação da entidade adjudicante, que apenas ocorre uma vez que efetuada a medição dos trabalhos realizados, após o encerramento do correspondente mês**. Como já acima foi referido, **caso se tratasse do prazo de pagamento, a fatura tinha de ser emitida no dia 1 da empreitada para que ao fim do 1.º mês ficasse cumprido ou se desse cumprimento (a)o prazo de pagamento, o que nem faz sentido…**

Por isso que, ao contrário do que parece preconizar uma primeira e preliminar abordagem do venerando Tribunal de Contas, não bastaria, *in casu*, a subscrição, pelo concorrente, da *declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos*. Nem a subscrição dessa declaração, em si ou em outro qualquer ponto da proposta, de adesão genérica ao CE, permite à entidade adjudicante responder que "está tudo bem".

Na verdade, recorda-se uma vez mais o que se disse já sobre esse tipo de adesão genérica ao conteúdo do CE: essa aceitação não tem o valor *absoluto* que se lhe possa pretender conferir, bastando, para chegar a essa conclusão, atender-se que a apresentação de tal declaração não dispensa a exigente tarefa de *análise das propostas*, destinada a aferir se estas se encontram nas condições necessárias para poderem ser consideradas com vista a uma eventual adjudicação (ou seja, averiguar se nas propostas apresentadas se verifica algum dos motivos *formais* de exclusão,

previstos no artigo 146º, n.º 2 do CCP, ou algum dos motivos *materiais* de exclusão, previstos nos artigo 70º, n.º 2).

Que assim é, veja-se o que nos esclarece o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 20 de maio de 2021, in www.dgsi.pt, proferido no âmbito do processo nº 167/20.1BEFUN, mesmo para os casos em que os concorrentes tenham, logo ab initio, com a proposta, subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos (destacados nossos):

> *"Tendo a concorrente subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos (Anexo I-M), não permite afastar a relevância e o compromisso manifestados através da apresentação de qualquer outro documento que contenha regras técnicas ou outras que contrariem esse mesmo Caderno de Encargos,* ***nem a declaração de aceitação se sobrepõe aos documentos que a contrariam****, por ser necessário o cumprimento rigoroso do estabelecido nas peças do procedimento.*
> *Neste sentido, "(...) que, nas situações descritas na alínea b) do artigo 70.º/2 do CCP – como aliás em qualquer outra causa de exclusão onde isso pudesse servir de argumentação –,* ***é irrelevante o facto de o concorrente ter subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos do anexo I ao CCP ou o facto de, nos termos do artigo 96.º/5, o caderno de encargos prevalecer sobre a proposta quando haja divergência entre eles****: se um atributo violar os parâmetros base ou se um termo ou condição violar um limite máximo ou mínimo, a proposta deve ser excluída, não servindo aquela declaração ou prevalência para a legitimar" (cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, "Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública", Coimbra, Almedina, 2016, pp. 934."*

E atente-se, assim, que, no caso, a proposta excluída, não obstante integrar a *declaração de aceitação do CE*, apresenta termos que contrariam *condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.*

E é isto - como resulta demonstrado no relatório final do júri, dando-se por reproduzido -, o que conta, legalmente, para efeitos de exclusão da proposta – e tal como a doutrina abalizada e a jurisprudência dos tribunais administrativos têm esclarecido em situações semelhantes, cujo cumprimento a apresentação daquela *declaração* supõe ou implica.

Quanto à ***solicitação de esclarecimentos***, a mesma revelar-se-ia não só inócua, como, o que é mais grave, mesmo ilegal, porquanto, na verdade e com o devido respeito, o que haveria afinal para esclarecer que não resultasse em ALTERAÇÃO da proposta? Que o concorrente diria que, afinal, aquilo que declarou "deixaria cair", porque tinha a declaração de adesão ao CE? Isso é juridicamente impossível sem brigar com os princípios da imutabilidade das propostas e da concorrência.

**Como abaixo inequivocamente ainda melhor se demonstrará, não compete ao Júri colmatar, *v.g.* através do *princípio do inquisitório* que fosse, falhas que apenas podem ser imputadas aos concorrentes, conferindo a estes a *vantagem* de suprir omissões que resultariam, como resultam, no caso concreto, de outro modo, na exclusão da respetiva proposta.**

Com o devido respeito, a entidade adjudicante segue nesta matéria a jurisprudência consagrada dos Tribunais Administrativos, quer os tribunais de recurso a Norte, quer a Sul, de novo se recordando, como já anteriormente fundamentado e patente no relatório final do júri e na adjudicação:

**1.** Conforme resulta do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 21.02.2019, proferido no âmbito do Processo n.º 26/18.8BEBJA, e que teve por relator José Gomes Correia, disponível em www.dgsi.pt a 01/06/2024:

> *«I) - Os esclarecimentos às propostas haverão de consistir apenas em informações, explicações destinadas a tornar claro, congruente ou inequívoco um elemento que na proposta estava apresentado ou formulado de forma pouco clara ou menos apreensível, tendo por escopo a melhor compreensão de um qualquer aspeto ou elemento da proposta, **não podendo (i) contrariar os elementos constantes dos documentos que as constituem,** (ii) alterar ou completar os respectivos atributos, (iii) nem visar suprir omissões que determinem a sua exclusão.*
>
> *II) - Não pode o Júri, sob pena de violação dos princípios que enformam a actividade administrativa, solicitar os documentos em falta, colmatando dessa forma uma falha do concorrente, em detrimento dos demais concorrentes, que cumprindo o exigido, apresentaram toda a documentação.*
>
> *III) - Ao não apresentar toda a documentação exigida no convite, a Recorrente, foi devida e legalmente excluída do procedimento concursal em causa nos termos da alínea d) do nº2 do artigo 146º, conjugado com a alínea c) do nº1 do artigo 57°, ambos do CCP.*
>
> *IV) - No que concerne à alegação de que as contrainteressadas que a recorrente identifica deveriam ter sido excluídas a mesma não pode proceder já que, contrariamente ao que se verificou com a Recorrente, apresentaram toda a documentação exigida no convite, tendo sido admitidos ao procedimento, com a inerente apreciação material das propostas apresentadas, **não podendo o Júri tratar de forma idêntica situações que não o são, já que desse modo estaria, sim, a desvirtuar o tão invocado princípio da igualdade**.*
>
> *V) – **É que, se, por um lado, o princípio da igualdade exige o tratamento igual de situações iguais, impõe, também, que seja tratado desigualmente aquilo que é jurídico ou materialmente desigual, o que se verifica nos presentes autos por a situação da Recorrente não ser idêntica à das contrainteressadas**», nosso sublinhado.*

**2.** Sendo certo que, admitir um plano de pagamentos com reconhecimento de valor no "Mês 1" traduzir-se-ia na admissão de **um pagamento em momento anterior ao vencimento da obrigação**, e, por essa via, **materialmente, num adiantamento, em violação do fixado no artigo 7.2 do Caderno de Encargos**;

**3.** Contrariamente à admissão de um documento que reconhece a inexistência de faturação nesse mesmo momento temporal, em cumprimento do Caderno de Encargos e regras aplicadas à atividade.

**4. Neste particular, acompanhamos igualmente a jurisprudência consagrada dos tribunais administrativos, v.g. – e com as necessárias adaptações - o que se discorreu no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo nº 01719/20.5BEPRT, de 09/04/2021, in www.dgsi.pt , de acordo com o qual**:

> «(...)
> *Acresce que este comando normativo encerra uma outra limitação à sua aplicação: exige que o suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento.*
> *Ora, neste caso, a retificação da proposta apresentada pela Recorrida violaria os apontados princípios da concorrência e da igualdade de tratamento.*
> *Como refere o jurista Fernando Batista: O princípio da concorrência encontra-se reforçado no Código dos Contratos Públicos, concretamente no seu artigo 1.º n.º 4, ao estabelecer que à contratação pública aplicam-se especialmente os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência.*
> *O princípio da concorrência, pedra basilar e elemento dinamizador do denominado mercado único europeu, pode ser entendido como aquele que visa potenciar o mais amplo acesso dos interessados em contratar aos procedimentos contratuais, pois só com uma competição livre e sã os operadores económicos poderão apresentar as suas propostas contratuais mais vantajosas para as entidades públicas contratantes e assim proporcionar que o interesse público seja salvaguardado, garantindo que se venha a contratualizar nas melhores condições técnicas, económicas e financeiras. Este princípio, atenta a sua importância, encontra-se consagrado no Tratado da União Europeia (artigos 81.º a 89.º) mas também tem consagração como valor fundamental na Constituição Portuguesa (artigo 81.º) sendo a sua defesa o principal objetivo da Autoridade da Concorrência. De facto, nos contratos públicos, o princípio da concorrência decorre de três princípios fundamentais: o da liberdade económica, o do livre acesso aos procedimentos pré contratuais e o da igualdade de tratamento.*
> *Como decidiu este TCAN no Acórdão de 07/10/2011, proc. nº 00225/11.3BECBR, o princípio da concorrência é actualmente a trave-mestra da contratação pública. A transparência, a imparcialidade e a igualdade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência - cfr. Rodrigo Esteves de Oliveira em "Os princípios gerais da contratação pública, Estudos de Contratação Pública", Tomo I, Coimbra Editora, 2008, pág. 66 e seg.: "o princípio da concorrência é actualmente a trave-mestra da contratação pública".*

*O artigo 1º nº 4 do CCP estabelece que são especialmente aplicáveis à contratação pública os princípios da transparência, igualdade e concorrência. Estes princípios revelam a importância e influência das directivas comunitárias e concretizam os princípios da não discriminação e concorrência consagrados no Tratado da União Europeia.*

*Para além destes princípios enunciados no artigo 1º nº 4 do CCP aplica ainda os princípios fundamentais da actividade administrativa (artigo 266º CRP e 2º nº 5 CPA).*

*Estes princípios têm como objectivo orientar todo o percurso que conduz à celebração do contrato. A violação de qualquer um destes princípios vai ter consequências no acto final (artigo 283º CCP). A sua violação é fonte de invalidade dos actos pré-contratuais. O princípio da transparência exige que as decisões tomadas pelos condutores dos procedimentos pré-contratuais sejam explicitadas e devidamente fundamentadas, de modo a surgirem como lógicas, racionais e, incontroversas, para todos os intervenientes.* ***O princípio da igualdade, consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, que é, um princípio essencial da Constituição da República Portuguesa aplicável, designadamente, à actividade administrativa pública, impõe o tratamento igual para todos os interessados na adjudicação de um contrato público que se encontrem em condições objectivamente idênticas relativamente à capacidade de execução das prestações contratuais.*** *Este princípio proíbe as discriminações injustificadas entre os candidatos.*

*O princípio da concorrência recomenda que todas as disposições aplicáveis à contratação pública sejam interpretadas e aplicadas no sentido mais favorável à participação nos procedimentos pré-contratuais do maior número de interessados, evitando-se exclusões por motivos meramente formais. Este princípio mais do que estruturante condiciona a própria aplicabilidade dos procedimentos précontratuais disciplinados no CCP: estes apenas devem ser adoptados para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações susceptíveis de estar submetidos à concorrência de mercado. Este princípio traduz o reconhecimento da liberdade de iniciativa económica privada e da economia de mercado como modo principal de*

*satisfação das necessidades económicas gerais e coloca-as ao serviço do interesse público; permitindo que a escolha recaia efectivamente na melhor proposta.*

*A relevância do regime geral da contratação pública está hoje sustentada numa estrutura principialista, identificada na Transparência, na Igualdade e na Concorrência. Como princípios vinculantes, moldam o regime da contratação pública, em todas as suas dimensões, ou seja, só um processo contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública; porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento concursal assim entendemos no acórdão proferido em 18/12/2020, no âmbito do proc. nº 239/20.2BEMDL.*

*Retomando o caso que nos ocupa (...),* ***seria impossível à Recorrida não alterar o conteúdo da sua proposta, em resposta ao convite a formular pelo júri, ao abrigo do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, pois teria necessariamente de aditar novos elementos à sua proposta, que não constam da mesma. Na prática, nos prazos previstos para cada categoria de trabalhos, a Recorrida iria, num momento em que já eram conhecidas as propostas apresentadas pelos demais concorrentes, escolher os prazos parciais que melhor lhe aprouvesse, para as verdadeiras espécies de trabalhos incluídas nos capítulos ou categorias que contemplou na sua proposta****.*

*Com efeito, num momento em que já conhece as demais propostas, a Recorrida poderia alocar os recursos que bem entendesse às espécies de trabalhos, o que redundaria, segundo o ditado popular, numa inadmissível alteração das regras a meio do jogo.*

*Assim,* ***a Recorrida não poderia ser convidada a suprir os vícios do seu plano de trabalhos, ao abrigo do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, incorrendo, consequentemente, o Tribunal a quo no apontado erro de julgamento*** *- cfr., de novo, o Ac. do STA de 14/6/2018, proc. 0395/18 "As omissões ou incompletudes do plano de trabalhos não podem ser supridas pela via do pedido de esclarecimentos aos concorrentes prevista no n.º 1 do artigo 72.º do CCP"* – nosso destacado.

**5.** E, tal como se explicou também no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 20.05.2021, proferido no âmbito do Processo nº 167/20.1BEFUN, in www.dgsi.pt , que teve por Relator Ana Celeste Carvalho, que aqui convocamos, com as devidas adaptações (destacados nossos):

> *«Verificando-se no confronto entre o estabelecido nas peças do procedimento e o mencionado na proposta (...), que* ***a proposta apresenta um plano de pagamentos em inobservância do disposto nos pontos (...) das Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos, (...), não existe qualquer controvérsia acerca desse desrespeito pela proposta, o qual não pode ser considerado como um mero lapso, equívoco ou erro, passível de suprimento ou correção nos termos do artigo 72.º do CCP, por se tratar de um termo ou condição que viola o disposto nas Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos, isto é, um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, que determina a exclusão da proposta, nos termos do disposto no artigo 70.º, n.º 2, al. b) do CCP.*** *(...)*
>
> *Importa assumir que o vertido nas Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos se traduz num termo ou condição da proposta a apresentar, que redunda em determinados aspetos que deixam de estar submetidos à concorrência, razão por que não são objeto de avaliação, isto é, de avaliação comparativa das propostas segundo o critério de adjudicação.*
>
> *Trata-se de um requisito exigido nas peças do procedimento e que, como tal, deve constar da proposta apresentada, ou seja, um elemento integrante da proposta.*
>
> *(...) Neste sentido, "(...) que, nas situações descritas na alínea b) do artigo 70.º/2 do CCP – como aliás em qualquer outra causa de exclusão onde isso pudesse servir de argumentação –, é irrelevante o facto de o concorrente ter subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos do anexo I ao CCP ou o facto de, nos termos do artigo 96.º/5, o caderno de encargos prevalecer sobre a proposta quando haja divergência entre eles: se um atributo violar os parâmetros base ou se um termo ou condição violar um limite máximo ou mínimo, a proposta deve ser excluída, não servindo aquela declaração ou prevalência para a legitimar" (cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, "Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública", Coimbra, Almedina, 2016, pp. 934.*

*Do mesmo modo que assim tem sido entendido pela jurisprudência, entre outros, nos Acórdãos, deste Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 16/03/2017, Proc. n.º 590/16.6 BESNT e do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), de 22/05/2015, Proc. n.º 01199/14.4BEAVR (...).*

*(...) No demais, a natureza do procedimento, atinente a procedimento de contratação pública, submetido a um quadro normativo preciso e vinculado, fortemente determinado pelo direito da União Europeia, sem qualquer margem para aplicação de critérios de valoração administrativa, que possam ser pautados por juízos de oportunidade ou conveniência, ditam o juízo de inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade (...).*

*Porém, não acolhe o ordenamento jurídico a consideração da relativa ou diminuta significância ou impacto financeiro da falta da proposta para obstar à exclusão da proposta num caso como o descrito em juízo, em que está em causa a falta de um elemento essencial da proposta, ainda que o mesmo apresente diminuta repercussão económica no valor global da proposta ou não implique qualquer agravamento dos custos.*

*(...)* ***Com efeito, se as condições de pagamento se encontram previstas nas cláusulas do caderno de encargos e constituem um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência, cuja sanção para a sua violação é a exclusão (cfr. artigo 70.º, n.º 2, al. b) do CCP), é porque a entidade adjudicante pretendia que os concorrentes se vinculassem ao seu cumprimento, motivo pelo qual não se pode concluir pela sua irrelevância.***

***O reduzido impacto financeiro do termo ou condição ou a poupança que resulta da adjudicação de determinada proposta também não pode ser justificação para não exclusão de uma proposta que viole um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, na medida em que uma norma imperativa – o artigo 70.º, n.º 2, al. b) do CCP – não pode ser afastada por motivos meramente economicistas ou financeiros. Por outras palavras, não se pode derrogar a solução legal por aplicação do princípio da proporcionalidade»***, nosso sublinhado.

E, **na doutrina, cumpre convocar os seguintes ensinamentos** sobre o art. 72º do CCP, como nos refere MIGUEL ASSIS RAIMUNDO[1]:

> *"Se se pensar na função das regras que estabelecem a necessidade de entrega, dentro de certos prazos, de certos documentos, não deve existir qualquer dúvida em permitir a junção, mesmo posterior à entrega das propostas, de documentos que apenas comprovem situações de facto já existentes.* ***Aquilo que se pretende com essas regras é assegurar que os concorrentes se vinculam às suas propostas, e se sujeitam à avaliação das mesmas, antes de poderem conhecer as propostas dos outros concorrentes****; ou seja, é assegurar que não têm uma vantagem posterior decorrente desse conhecimento.*
>
> *É por isso que a lei, de forma clara, dispõe (art. 72º/2 CCP) quanto àquilo que* ***não é possível*** *os concorrentes fazerem após o prazo de entrega das propostas: não podem* ***contrariar os elementos constantes dessas propostas****; não podem alterar ou completar os respetivos atributos (definidos no art. 56º/2 CCP); nem podem suprir omissões que determinam a sua exclusão* ***nos termos do disposto no art. 70º/2/a) do CCP****.*
>
> *Numa palavra, a lei limita-se a reconhecer aquele que é o* ***conteúdo útil da estabilidade das propostas****, que é o corolário da concorrência e da igualdade de tratamento. Esse conteúdo* ***útil é o de que não pode ser alterada a essência da proposta apresentada****."* (sublinhados nossos, reproduzindo itálicos originais).

Esta questão prende-se, também, *do direito*, com o denominado ***princípio do inquisitório*** - e tem também correspondência com os mencionados princípios da imutabilidade das propostas, da igualdade e da concorrência.

Ora, relativamente ao princípio *do inquisitório*, importa recordar que a sua **aplicabilidade** não pode deixar de ser **limitada no âmbito dos procedimentos pré-contratuais da contratação pública**, face à intensidade com que outros princípios vigoram, nomeadamente, o princípio da concorrência, da igualdade, da transparência e legalidade, como, aliás, é amplamente reconhecido

pela doutrina e jurisprudência dominantes – *crf.* o Acórdão do Tribunal Central Administrativo-Sul, de 13 de Outubro de 2011, proferido no Proc. N.º 7925/11, in www.dgsi.pt:

> *"O princípio do inquisitório é aplicável de forma mitigada e limitada, pois a matéria instrutória está legalmente na esfera de responsabilidade e iniciativa dos interessados, como decorre do princípio da concorrência."*
> (sublinhados originais).

Nessa medida, de novo se acentua, não compete ao Júri colmatar, *v.g.* através do princípio do inquisitório que fosse, falhas que apenas podem ser imputadas aos concorrentes, conferindo a estes a *vantagem* de suprir omissões que resultariam, como resultam, no caso concreto, de outro modo, na exclusão da respetiva proposta.

Cf. Igualmente, o Acórdão do STA proferido no Processo n.º 1166/11 -11, de 11.04.2012, in www.dgsi.pt:

> *"VI — **Não podendo os esclarecimentos previstos na lei servir para alterar ou suprir omissões da candidatura**, designadamente dos documentos que a acompanham, por maioria de razão ter-se-á de concluir que, **depois de apresentadas, as mesmas não podem ser corrigidas ou completadas através da junção de documentos que a deveriam instruir e que a não acompanharam**."*
> (destaques e sublinhados nossos).

**Face a tais circunstâncias, não só estava vedado ao Júri recorrer a um pedido de esclarecimentos no sentido pretendido, como estava vinculado a delas retirar as devidas e legais consequências**.

Dessa forma, a proposta de decisão de exclusão nem sequer é, além do mais, *desproporcionada*, mas sim aplicadora de lei expressa, conforme supra demonstrado.

**Finalmente**, a ilustrar tudo quanto a entidade adjudicante defende, dá-se por reproduzida a *pronúncia em audiência prévia*, em anexo sob o ***doc. 1 "Pronúncia-Audiencia Prévia"***, que é feita pelo concorrente "Caetano & Medeiros" noutro processo de obras (que não vai a Visto do TC, em função do valor) em que o mesmo concorrente já veio *rectificar* o seu posicionamento no presente tipo de questões (e, avance-se desde já – dar-se-á razão ao concorrente nesse outro procedimento), quando o concorrente propugna *ipsis verbis* o mesmo entendimento que a entidade adjudicante vem defendendo no caso da empreitada do Mercado da Graça, tal seja o de que a obrigação só se vence e por isso só então poderá facturar, depois do 1º mês.

tipo de questões (e, avance-se desde já – dar-se-á razão ao concorrente nesse outro procedimento), quando o concorrente propugna *ipsis verbis* o mesmo entendimento que a entidade adjudicante vem defendendo no caso da empreitada do Mercado da Graça, tal seja o de que a obrigação só se vence e por isso só então poderá facturar, depois do 1º mês.

**Plano Pagamentos ( 30 dias apos a receção da fatura)**
**Empreitada de pinturas, substituição de caixilharia e substituição da cobertura do Edificio Plano Contenários da Escola EB1/JI de São Pedro - LOTE 1**

Caetano & Medeiros

| MÊS | % MENSAL | % ACUMULADO | MENSAL € | ACUMULADO € |
|---|---|---|---|---|
| M1 | | | | |
| M2 | | | | |
| M3 | 28.04% | 28.04% | 30,121.19 € | 30,121.19 € |
| M4 | 71.96% | 100.00% | 77,307.76 € | 107,428.95 € |

Como se comprova, totalmente distinto, na óptica do próprio concorrente, do que está em causa na empreitada do Mercado da Graça, em que o concorrente formulou proposta totalmente distinta quanto ao cumprimento do CE.

E, por isso, o concorrente, naquele mesmo outro processo, já veio defender o seguinte, na sua audiência prévia:

> *"Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 388.º, n.º 1, do CCP, "Na falta de estipulação contratual, a medição é efetuada mensalmente, devendo estar concluída até ao 8.º dia do mês imediatamente seguinte àquele a que respeita."*
>
> *Pelo que, não havendo disposição específica do Caderno de Encargos sobre esta matéria, os trabalhos executados no primeiro mês de execução da empreitada serão objeto de medição até ao 8.º dia do segundo mês de execução, ou seja, entre os dias 1 e 8, do segundo mês de execução dos trabalhos.*
> *Após a referida medição, será emitida a fatura, por parte do empreiteiro, que tem um prazo de vencimento de 30 dias, de acordo com o Caderno de Encargos e com o plano de pagamentos da proposta da concorrente Caetano & Medeiros que, claramente diz o seguinte: "Plano Pagamentos (30 dias apos a receção da fatura)".*
>
> *Assim, se contarmos 30 dias após a medição dos trabalhos do primeiro mês de execução da empreitada (efetuada entre o dia 1 e o dia 8, do segundo mês de execução da empreitada,), verificamos que o pagamento dos trabalhos executados no primeiro mês da empreitada, e medidos no segundo mês de execução da mesma, só pode ser executado no terceiro mês de decurso da empreitada."*

## II.2. Factos Não Provados

Não existem factos não provados que relevem para a decisão.

## II.3. Motivação da Matéria de facto

No que respeita à matéria de facto dada como provada, o juízo probatório fundou-se na prova documental apresentada pelo requerente e que se encontra junta ao processo, bem como nas informações prestadas em sede de devolução administrativa e jurisdicional, sendo certo que cabe às entidades fiscalizadas o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para a obtenção de visto, face ao disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.

## III – Fundamentação jurídica

6) O Município de Ponta Delgada submeteu à fiscalização prévia o contrato para a conclusão da empreitada de construção de cobertura do Mercado da Graça, celebrado com a empresa Marques, S.A., no valor de 1 743 813,54 euros.

7) No 2.º relatório do serviço de apoio da SRATC foram suscitadas dúvidas quanto à eventual recusa de visto nos termos do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC. Vejamos.

8) Conforme resulta dos autos, e com relevância para a decisão, por deliberação da Câmara Municipal de Ponta Delgada, de 07/02/2024, foi decidido contratar a conclusão da empreitada de construção da cobertura do Mercado da Graça.

9) Para o efeito, foi lançado um concurso público, ao abrigo dos artigos 14.º, n.º 1, alínea b), e 19.º, alínea b), do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, sendo que o critério de adjudicação foi o da «proposta economicamente mais vantajosa, determinada pela modalidade monofator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um único aspeto da execução do contrato, designadamente o preço, conforme previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP».

10) No âmbito do concurso foram apresentadas duas propostas, sendo que no 1.º relatório preliminar de análise foram ordenadas da seguinte forma: 1.º - proposta da concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda; 2.º - proposta da concorrente Marques, SA.

11) O júri do concurso fundamentou a ordenação afirmando que «a proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda, no valor de 1.488.185,82€ (...) com um prazo de execução de 12 meses, cumpre o disposto no art. 47.º do CCP, não excedendo o preço base fixado em 1.750.000,00€ (...) reunindo as necessárias condições de aceitação, pelo que é a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.».

12) Sucede, porém, que na sequência do exercício do direito de audiência prévia pelo concorrente ordenado em 2.º lugar, sobre o teor do 1.º relatório preliminar, o júri elaborou um 2.º relatório preliminar no qual altera o sentido do 1.º relatório preliminar, propondo a adjudicação ao concorrente Marques, S.A., e a exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., «com fundamento no facto de a mesma não cumprir com as condições de pagamento previstas nas cláusulas do Caderno de Encargos, as quais constituem um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência,

cuja sanção para a sua violação é a exclusão, conforme disposto na alínea b), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP», porquanto «prevê um pagamento no mês 1 da empreitada, no seu cronograma financeiro/plano de pagamentos».

13) Após se ter submetido o 2.º relatório preliminar à audiência prévia dos concorrentes, o Júri subscreveu o relatório final de apreciação das propostas, datado de 26/04/2024, no qual manteve o projeto de exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., «com fundamento no facto de a mesma não cumprir com as condições (periodicidade) de pagamento previstas na cláusula 7.2 do CE do Caderno de Encargos (o que constitui um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência, cuja sanção para a sua violação é, precisamente, a exclusão, conforme disposto na alínea b), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP», porquanto «prevê um pagamento no mês 1 da empreitada, no seu cronograma financeiro/plano de pagamentos», e consequentemente, propôs que a adjudicação recaísse sobre a proposta do concorrente Marques, S.A., no valor de 1.743.813,54 euros.

14) A questão que importa apreciar e decidir consiste em aferir da legalidade da exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., e a consequente a adjudicação ao concorrente Marques, S.A, considerando a fundamentação da decisão proferida no procedimento.

15) Como vimos, porque a concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda. «prevê um pagamento no mês 1 da empreitada, no seu cronograma financeiro/plano de pagamentos» concluiu-se pelo incumprimento da cláusula 7.2 do caderno de encargos, que apresenta a seguinte redação:

> **7. Preço e condições de pagamento**
>
> 7.1 Pela execução da empreitada e pelo cumprimento das demais obrigações decorrentes do Contrato, deve o dono da obra pagar ao empreiteiro o preço constante da proposta adjudicada, acrescido de IVA à taxa legal em vigor, no caso de o empreiteiro ser sujeito passivo desse imposto pela execução do Contrato.
>
> 7.2 Os pagamentos serão efetuados no prazo de 30 dias após a entrega das respetivas faturas, as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação a que se referem, de acordo com o disposto no artigo 299º do Código de Contratação Pública.

16) Portanto, o que se encontra estabelecido na cláusula 7.2. é que: i) os pagamentos serão efetuados no prazo de 30 dias; ii) e apenas após a entrega das respetivas faturas; iii) as faturas apenas podem ser emitidas após o vencimento da obrigação a que se referem, de acordo com as regras do artigo 299.º do CCP.

17) Ou seja, a cláusula 7.2. do caderno de encargos define o *prazo de pagamento* e as *formalidades* que devem ser respeitadas previamente, nomeadamente, a emissão de fatura, que só poderá ocorrer após o vencimento da obrigação.

18) De acordo com o vertido no relatório final de apreciação das propostas, do «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» da concorrente Caetano & Medeiros resulta o entendimento de que estava previsto o pagamento de valores logo no "Mês 1" de execução dos trabalhos (nomeadamente, 18.565,64€), o que não cumpre «com as condições (periodicidade) de pagamento previstas na cláusula 7.2 do CE do Caderno de Encargos, o que constitui um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência, cuja sanção para a sua violação é, precisamente, a exclusão, conforme disposto na alínea b), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP», e consequentemente, propôs que a adjudicação recaísse sobre a proposta do concorrente Marques, S.A., no valor de 1.743.813,54€.

19) Todavia, conforme a seguir se irá explanar, entendemos que a exclusão da proposta da Caetano & Medeiros com os fundamentos vertidos no relatório final de apreciação das propostas, é ilegal.

20) Desde logo cumpre sublinhar que o «Cronograma Financeiro» e «Plano de Pagamentos» são documentos distintos, e que a fundamentação da exclusão da concorrente Caetano & Medeiros assentou exclusivamente na ilegalidade do «Plano de Pagamentos», que no caso a concorrente denominou de «Cronograma financeiro/plano de pagamentos».

21) O «Cronograma Financeiro», nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 57.º do CCP, contém «um resumo dos valores globais correspondentes à periodicidade definida para os pagamentos, subdividido pelas componentes da execução de trabalhos a que correspondam diferentes fórmulas de revisão de preços».

22) O «Plano de Pagamentos» vem regulado no artigo 361.º-A do CCP, e pressupõe uma **previsão escalonada no tempo, do valor de cada uma das espécies de trabalhos a realizar**, na periodicidade definida para os pagamentos, podendo ser revisto em situações pontuais, ou seja, ao contrário do «Cronograma Financeiro», o «Plano de Pagamentos» não é imutável, podendo ser alterado:

**Artigo 361.°-A**
**Plano de pagamentos**

1 - O plano de pagamentos contém a previsão, quantificada e escalonada no tempo, do valor de cada uma das espécies de trabalhos a realizar pelo empreiteiro, na periodicidade definida para os pagamentos a efetuar pelo dono da obra, de acordo com o plano de trabalhos a que diga respeito.
2 - O plano de pagamentos é concluído para aprovação pelo dono da obra antes da data de conclusão da consignação total ou da primeira consignação parcial, não podendo traduzir-se em alterações dos valores globais para cada componente da obra apresentados em sede de apresentação de propostas.
3 - Em quaisquer situações em que se verifique a necessidade de o plano de trabalhos em vigor ser alterado, por facto não imputável ao empreiteiro e que se mostre devidamente justificado, deve este apresentar um plano de pagamentos adaptado ao novo plano de trabalhos, devendo o dono da obra pronunciar-se sobre a revisão do plano de pagamentos no prazo indicado no n.º 5 do artigo anterior, equivalendo o silêncio a aceitação.

23) Por outro lado, o plano de pagamentos é «concluído para aprovação pelo dono da obra» antes da consignação, não podendo traduzir-se em alterações dos valores globais para cada componente da obra apresentados em sede de apresentação de propostas, ou seja, o fator imutável e permanente são apenas os valores globais.

24) Ora, termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 12.º do programa do concurso, apenas foi exigido que as propostas contivessem um «Cronograma financeiro, contendo um resumo dos valores globais correspondentes à *periodicidade definida para os pagamentos*, conforme definido na alínea c) do n.º 2 do artigo 57.º do CCP».

25) Portanto, cumpre ter presente que: i) o «Cronograma Financeiro» e «Plano de Pagamentos» são documentos distintos; e ii) apenas o «Cronograma financeiro» constitui documento/elemento obrigatório a apresentar com a proposta.

26) No que diz respeito ao «Cronograma Financeiro» ambas as concorrentes o apresentaram em moldes semelhantes. Com efeito, a concorrente Marques, SA, que acabou por ser a adjudicatária no procedimento concursal, elaborou esse documento exatamente nos mesmos termos da concorrente excluída, constando em ambos, Meses 1 a 12. A diferença das propostas de ambas as concorrentes se situa no âmbito do documento que aquela denominou de "Plano de Pagamentos", sendo que no documento da concorrente adjudicatária se encontra previsto 13 meses, sendo que no mês 1 os valores encontram-se a zeros.

27) Ora, é essencial ter presente que a ilegalidade apontada pelo júri e que fundamentou a exclusão da concorrente Caetano & Medeiros diz respeito apenas ao declarado no denominado «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» que consubstancia um gráfico apresentado pela concorrente. É o que resulta claramente do 1.º relatório de análise de propostas pelo júri, do 2.º relatório e do relatório final. E a tal conclusão não obsta o facto da concorrente Caetano & Medeiros no exercício do seu direito de audição prévia não ter distinguido de forma rigorosa o

seu "Cronograma Financeiro" do «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro», causando alguma confusão.

28) Realce-se uma vez mais, que o gráfico «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» não era exigido pelas peças do procedimento concursal, o que também deve releva para a análise.

29) Entendeu o júri que no «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» apresentado pela concorrente Caetano & Medeiros, estava previsto o pagamento de valores logo no "Mês 1" de execução dos trabalhos (nomeadamente, 18.565,64€), o que não cumpre «com as condições (periodicidade) de pagamento previstas na cláusula 7.2 do CE do Caderno de Encargos (o que constitui um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência, cuja sanção para a sua violação é, precisamente, a exclusão, conforme disposto na alínea b), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP», e consequentemente, propôs que a adjudicação recaísse sobre a proposta do concorrente Marques, S.A., no valor de 1.743.813,54€.

30) Efetivamente, ao contrário do que se entendeu e se fundamentou no procedimento concursal, no «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» da concorrente excluída não estava previsto o pagamento de valores *dentro do primeiro mês de execução dos trabalhos*. Da análise do gráfico em causa apenas resulta a declaração do valor referente ao "Mês 1" (M1). Essa é a declaração negocial constante do documento, e que não tem o alcance que o júri lhe deu num 2.º relatório preliminar, e no relatório final.

31) No «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» não se encontra indicado, escrito ou sequer indiciado que o M1 corresponde a pagamentos a efetuar no 1.º mês de execução dos trabalhos.

32) Portanto, não é legítimo que o júri do procedimento concursal, interpretando a declaração da concorrente sem ter considerado os esclarecimentos por parte desta, conclua pela violação de regras do concurso, entendendo que a proposta previa o pagamento de valores *dentro do primeiro mês de execução dos trabalhos*.

33) Acresce que, se dúvidas houvesse por parte do júri, foram cabalmente dissipadas após os esclarecimentos que a concorrente prestou em sede de exercício do direito de audiência prévia, esclarecimentos que deviam ter sido considerados, pois o que está em causa é determinar tão-somente o sentido da declaração do concorrente.

34) Na verdade, a concorrente esclareceu o sentido da sua declaração, explicando o seguinte: i) existe lapso por parte do júri ao interpretar a sua declaração; ii) é facto notório que não há faturação de trabalhos numa empreitada de obras públicas no mês 1 de execução dos trabalhos,

por força dos artigos 388.º e ss do CCP; iii) a concorrente sempre apresentou cronogramas financeiros da mesma forma e as entidades adjudicantes sempre souberam interpretar os mesmos; iv) esclareceu relativamente ao cronograma financeiro que "quando se lê "M1" (...) refere-se a: pagamento referentes ao mês 1 de trabalhos. Ou seja, "M1" significa que em relação ao mês 1 de execução de trabalhos, a concorrente prevê executar trabalhos e receber pagamento na quantia de 18.565.64€, como qualquer pessoa pode compreender, sendo que ainda, a referência a "M1" prende-se com o facto de os pagamentos terem uma periodicidade mensal (30 dias)"; iv) refere que apesar de ter apresentado um documento denominado Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» "tal documento nem é um plano de pagamento na aceção do artigo 361.º do CCP".

35) Note-se que o que está em causa no presente caso não é uma alteração *a posteriori* do conteúdo do «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro», mas tão somente de determinar o sentido da declaração do concorrente conforme a sua vontade real, e que este documento não era exigido pelas peças do procedimento.

36) Na verdade, importa não olvidar que inicialmente, o júri apreendeu claramente o sentido (vontade real) da declaração negocial da concorrente, pois no 1.º Relatório, o júri propõe a adjudicação à concorrente Caetano & Medeiros. Se fosse evidente que a declaração negocial da concorrente violava as regras da cláusula 7.2 do caderno de encargos, o júri a teria excluído logo no 1.º relatório preliminar, o que não sucedeu.

37) O sentido que o júri pretendeu dar ao declarado no gráfico «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» não é manifesto, e nem é o sentido da declaração negocial que deva prevalecer, porque «A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.» – cf. n.º 1 do artigo 236.º do Código Civil.

38) Por outro lado, «Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida» – cf. n.º 2 do artigo 236.º do Código Civil.

39) Ora, o júri conhecia a vontade real da concorrente Caetano & Medeiros, porque: i) no 1.º Relatório, o júri não excluiu a proposta da Caetano & Medeiros, propondo a adjudicação a esta concorrente; ii) no exercício do direito de audiência prévia o concorrente esclareceu a vontade real subjacente à declaração negocial, e, portanto, não poderiam restar quaisquer dúvidas a esse respeito.

40) Ademais, o princípio da boa fé que vigora na formação e execução dos contratos públicos (artigo 1.º-A do CCP constitui garantia suficiente para que futuramente, na fase de execução do

contrato, a concorrente não se possa furtar de cumprir as regras da cláusula 7.2. do Caderno de Encargos, porque está definitivamente vinculada pela pronúncia que apresentou em sede de audiência prévia.

41) Mas ainda que assim não se entendesse, sempre a adjudicação à empresa Marques, S.A., seria ilegal por violação do princípio da igualdade de tratamento (artigo 1.º-A do CCP).

42) Efetivamente, se admitíssemos que o "Plano de Pagamentos/Cronograma Financeiro" do concorrente excluído pudesse ser interpretado no sentido em que o foi pelo júri, concluindo-se que tal colidiria com as regras da cláusula 7.2 do caderno de encargos, então, a ser assim, também a proposta da concorrente Marques, S.A., que veio a ser a adjudicatária, deveria ter sido excluída com o mesmo fundamento. Senão, vejamos.

43) A concorrente Marques, S.A., também apresentou um quadro com a designação de «Plano de Pagamentos», mas no qual indica o valor de 0,00 euros para o mês 1.

PLANO DE PAGAMENTOS

| Meses | Mensal (%) | Acumulado (%) | Valor Mensal (€) | Acumulado (€) |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 0,00% | 0,00% | 0,00 € | 0,00 € |
| 2 | 5,27% | 5,27% | 91 834,89 € | 91 834,89 € |
| 3 | 10,55% | 15,82% | 184 035,08 € | 275 869,97 € |
| 4 | 11,84% | 27,66% | 206 415,68 € | 482 285,65 € |
| 5 | 11,84% | 39,49% | 206 415,68 € | 688 701,33 € |
| 6 | 11,84% | 51,33% | 206 415,68 € | 895 117,01 € |
| 7 | 11,84% | 63,17% | 206 415,68 € | 1 101 532,69 € |
| 8 | 7,02% | 70,19% | 122 413,51 € | 1 223 946,20 € |
| 9 | 7,02% | 77,21% | 122 413,51 € | 1 346 359,71 € |
| 10 | 7,02% | 84,23% | 122 413,51 € | 1 468 773,22 € |
| 11 | 7,02% | 91,25% | 122 413,51 € | 1 591 186,73 € |
| 12 | 7,02% | 98,27% | 122 413,51 € | 1 713 600,24 € |
| 13 | 1,73% | 100,00% | 30 213,30 € | 1 743 813,54 € |
| | 100,00% | | 1 743 813,54 € | |

| Prazo de Execução |
|---|
| 365 DIAS |

44) Ora, apesar de o Plano de Pagamentos da concorrente adjudicatária, ao contrário da concorrente excluída, só prever valor a pagar a partir do Mês 2, ainda assim, considerando os fundamentos invocados pelo júri no 2.º relatório e no relatório final, violaria as regras da cláusula 7.2 do caderno de encargos porque o primeiro pagamento, a bom rigor, só poderia ocorrer no Mês 3.

45) Efetivamente, no mês 1 temos a execução dos trabalhos, mas é necessário ter presente que no mês 2, até ao 8.º dia tem de estar concluída a medição e formalizada em auto (artigos 387.º e 388.º do CCP), após o que se elabora a conta corrente no prazo de 10 dias (artigo 389.º do CCP),

só depois é que se promove a liquidação do preço correspondente às quantidades de trabalho medidos, seguindo-se o pagamento no prazo estipulado (art. 392.º do CCP).

46) Ou seja, considerando tais normativos, a fatura só poderá legalmente ser emitida, na melhor das hipóteses no Mês 2, o que significa que o primeiro pagamento pode ser efetuado até ao Mês 3, pelo que prever que o 1.º pagamento decorra ainda durante o Mês 2, também viola o disposto na cláusula 7.2. do Caderno de Encargos, porque os pagamentos só têm de ser efetuados no prazo de 30 dias.

47) Acresce ainda outro fundamento que reforça a ilegalidade da exclusão da concorrente pelo júri.

48) O caderno de encargos estabelece apenas, quanto a condições de pagamento, o seguinte:

> **7. Preço e condições de pagamento**
>
> 7.1 Pela execução da empreitada e pelo cumprimento das demais obrigações decorrentes do Contrato, deve o dono da obra pagar ao empreiteiro o preço constante da proposta adjudicada, acrescido de IVA à taxa legal em vigor, no caso de o empreiteiro ser sujeito passivo desse imposto pela execução do Contrato.
>
> 7.2 Os pagamentos serão efetuados no prazo de 30 dias após a entrega das respetivas faturas, as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação a que se referem, de acordo com o disposto no artigo 299º do Código de Contratação Pública.

49) Trata-se, pois, de um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, para o qual a entidade adjudicante não fixou limites mínimos ou máximos a que os concorrentes se devessem expressamente vincular, bastando, por isso, a garantia dada com a declaração de aceitação sem reservas do conteúdo do caderno de encargos.

50) Dito de outro modo, não há lugar a qualquer margem de variação no que respeita ao cumprimento desta regra, na medida em que não foram fixados limites mínimos ou máximos que exigissem que os concorrentes viessem declarar especificamente nas suas propostas de que forma é que pretendiam cumprir esta regra dentro das margens permitidas.

51) Como se afirmou no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 07-09-2023, proferido no âmbito do processo n.º 0462/22.5BELSB, «A declaração genérica destina-se a dar resposta à vinculação de todas e cada uma das exigências constantes das peças do procedimento que a entidade adjudicante previu nas peças do procedimento e no caso de não exigir uma resposta expressa por parte dos concorrentes, não obrigando os concorrentes a se pronunciar. A finalidade da declaração genérica visa dispensar os concorrentes a pronunciar-se especificadamente sobre todas e cada uma as especificações técnicas ou exigências constantes das peças do procedimento para as quais a entidade adjudicante não exige a pronúncia específica, por se saber que, em muitos casos, tal poder ser muito oneroso para os

concorrentes, atento o elevado número ou a complexidade das especificações técnicas ou exigências».

52) No cronograma financeiro, efetivamente exigido e apresentado por ambas as concorrentes, o que se pretende saber é a concreta expressão financeira das diferentes componentes da execução de trabalhos ao longo do prazo de execução da empreitada, que darão origem a pagamentos a realizar pelo dono de obra.

53) Para além do cronograma financeiro, a concorrente excluída, ilustrou graficamente os preços dos trabalhos correspondentes a cada um dos meses de execução do contrato, no denominado «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro».

54) Como vimos, o júri interpretou esse gráfico como uma declaração de que as condições de pagamento previstas na cláusula 7.2 do caderno de encargos seriam violadas e que, ao aceitá-la, a entidade adjudicante ficaria vinculada a ter que proceder a um pagamento logo no primeiro mês da execução da empreitada e, portanto, antes da medição ou da faturação dos correspondentes trabalhos e em desrespeito pela regra fixada na cláusula 7.2 do caderno de encargos.

55) No entanto, reitera-se, esse gráfico/documento não foi exigido, por não ser necessário assegurar que os concorrentes se vinculassem especificamente à regra imposta pelo caderno de encargos quanto ao modo e tempo de realizar pagamentos, porque não foram fixados limites mínimos ou máximos de variação do cumprimento dessa regra, que houvessem de ser declarados nas propostas.

56) Portanto, não se pode qualificar o «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» como um termo ou condição da proposta porque ele não pretende dar resposta a um aspeto de execução do contrato não submetido à concorrência pelo caderno de encargos.

57) Por outro lado, o júri não podia ter a certeza de que aquela informação violava manifestamente um aspeto de execução do contrato não submetido à concorrência pelo caderno de encargos.

58) Com efeito, a posição da entidade fiscalizada baseou-se num exercício de interpretação da informação constante de um gráfico/documento, não exigido pelas peças do procedimento, e que não ilustra categoricamente um desrespeito daquela regra.

59) Não é evidente, por não estar expressamente indicado no documento, que o dono de obra terá de efetuar pagamentos no mês 1 da empreitada, não se respeitando a regra do prazo de 30 dias, após a entrega das respetivas faturas, para efetuar pagamentos, ou a regra de que as faturas só podem ser emitidas depois do vencimento da obrigação a que se referem (que são os únicos

aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência definidos na cláusula 7.2. do caderno de encargos, invocada como fundamento da exclusão da proposta).

60) Acresce que, havendo dúvidas sobre se aquela informação podia implicar a violação da regra estabelecida no caderno de encargos sobre o prazo e/ou o momento da realização de pagamentos pelo dono de obra, as mesmas poderiam ter sido mitigadas pela consideração de vários mecanismos de garantia e proteção que o CCP coloca ao dispor das entidades adjudicantes/contraentes públicos, como sejam a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, a regra da prevalência do caderno de encargos sobre a proposta adjudicada, constante do artigo 96.º, n.ºs 5 e 2, do CCP, e ainda a faculdade de solicitação de esclarecimentos, nos termos do artigo 72.º do CCP, não sendo evidente que os mesmos pudessem contrariar, alterar ou completar os elementos constantes da proposta ou suprir omissões que determinassem a sua exclusão.

61) Não é, portanto, admissível o entendimento, sem mais, de que a informação constante do referido «Plano de pagamentos / Cronograma Financeiro» constitui um termo ou condição da proposta que viola um aspeto da execução do contrato a celebrar não submetido à concorrência.

62) Pelo que não se mostra devidamente fundamentada a exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, por não estar demonstrado que um termo ou condição da proposta violou um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência pelo caderno de encargos.

63) Cumpre ainda referir que o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 20 de maio de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 167/20.1BEFUN, invocado pela entidade fiscalizada para demonstrar que a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos não prevalece sobre qualquer outro documento da proposta que o contrarie, importa precisar que o que é dito nesse acórdão é que a declaração de aceitação não se sobrepõe aos documentos que contrariem o caderno de encargos, quando um termo ou condição da proposta violar um limite máximo ou mínimo, caso em que a proposta deve ser excluída.

64) Os «termos ou condições» das propostas correspondem aos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, relativamente aos quais a entidade adjudicante, em vez de uma descrição em termos fixos, optou por estabelecer limites mínimos ou máximos, cabendo aos concorrentes apresentar propostas mais ou menos aproximadas desses limites (sem os ultrapassar, sob pena de exclusão).

65) Ora, o aspeto de execução do contrato não submetido à concorrência pelo caderno de encargos, que a entidade fiscalizada entende que foi violado, não apresenta limites máximos ou mínimos a que o concorrente se devesse vincular pela apresentação de um documento específico para o efeito em que que descrevesse o modo como iria cumprir essa regra.

66) Com efeito, só no caso de ter sido exigido um documento com a indicação de como seriam cumpridos esses limites e se esse documento ilustrasse uma violação desses limites é que a proposta teria de ser excluída nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP, independentemente de ter sido subscrita a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos.

67) Conforme se conclui no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 06-07-2023, *in* www.dgsi.pt, proferido no âmbito do processo n.º 03085/22.5BELSB, «Os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos, aos quais a Entidade Adjudicante pretende que o concorrente se vincule, devem, por princípio, conter-se em documentos das propostas exigidos no Programa do Procedimento ou em Convite - cfr. arts. 57º nº 1 c) e 70º nº 2 a) do CCP.IV - Ainda que se admita que, exclusivamente no Caderno de Encargos, a Entidade Adjudicante possa impor aos Concorrentes compromissos, nas suas propostas, quanto a tais termos ou condições (cfr. Acórdãos deste STA de 18/9/2019, proc. 02178/18, e de 22/4/2021, proc. 076/20), deve tratar-se de exigências, formuladas de forma clara, de compromissos expressos e específicos, já que para a generalidade dos termos ou condições impostos no Caderno de Encargos para a execução do contrato é suficiente a declaração de compromisso genérico apresentado pelos Concorrentes de acordo com o modelo de declaração constante do Anexo I do CCP, que a tal fim se destina» (sublinhados nossos).

68) Tal entendimento é o que resulta também do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 07-09-2023, *in* www.dgsi.pt, proferido no âmbito do processo n.º 0462/22.5BELSB, onde se conclui: «I - Devendo a proposta dar pontual cumprimento ao que tiver sido exigido nas peças do procedimento, o seu respetivo conteúdo é determinado pela vontade manifestada pela entidade adjudicante e pelo que haja sido previsto como aspetos de execução do contrato, seja quanto aos seus atributos [elementos da proposta que, à luz do critério de adjudicação e modelo de avaliação definidos no programa do procedimento, irão ser submetidos à concorrência ou alvo da avaliação, para efeitos de escolha da melhor proposta – artigos 42.º, n.ºs 3 e 4, 56.º, n.ºs 1 e 2, 57.º, n.º 1, al. b) e 70.º, n.ºs 1 e 2, als. a) e b), do CCP], seja quanto aos termos ou condições [elementos da proposta relativos a aspetos da execução do contrato inseridos nas peças do

procedimento, mormente em cláusulas do Caderno de Encargos, não submetidos à concorrência e que a entidade adjudicante pretende que os concorrentes se vinculem – artigos 42.º, n.º 5, 57.º, n.º 1, al. c) e 70.º, n.ºs 1 e 2, als. a) e b), do CCP].

II - Sendo facto incontrovertido que a proposta apresentada não cumpre uma exigência específica do Caderno de Encargos, respeitante a termo ou condição, tal desrespeito constitui fundamento de exclusão da proposta, nos termos da al. a), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP, conjugada com a al. c), do n.º 1, do artigo 57.º do CCP.

III - A declaração genérica de compromisso, subscrita pela concorrente, nos termos do Anexo I do CCP, é insuficiente perante uma solicitação de manifestação expressa e específica da entidade adjudicante constante das peças do procedimento.

IV - Essa declaração genérica apenas é suficiente perante a ausência ou inexistência nas peças do procedimento – Convite, Programa do procedimento ou Caderno de Encargos – de uma obrigatoriedade de as propostas dos concorrentes se manifestarem expressamente e de forma específica quanto às especificações ou condições aí previstas» (sublinhados nossos).

69) Ora, no caso em apreço, a regra definida no caderno de encargos não implicou que os concorrentes tivessem que se pronunciar quanto ao modo ou grau do seu cumprimento, até porque, se assim tivesse acontecido, o caderno de encargos teria de fixar o grau de variação possível no cumprimento dessa regra e consequentemente o programa do procedimento teria de exigir que o concorrente apresentasse um documento específico para esse fim, o que não aconteceu.

70) Por isso, havendo dúvidas quanto à vinculação do concorrente à regra do caderno de encargos, que no caso só admite adesão ou recusa da mesma, o júri podia considerar a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos subscrita pelo concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., e ter ainda presente a regra da prevalência do caderno de encargos sobre a proposta adjudicada, constante do artigo 96.º, n.ºs 5 e 2, do CCP.

71) De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, designadamente o Acórdão n.º 44/2020 – 1.ª S/SS, de 2 de novembro, o princípio da intangibilidade ou imutabilidade das propostas não é posto em causa pelo exercício de um direito ao esclarecimento ou clarificação daquelas, desde que tal direito seja exercido «em busca da verdade».

72) Também no Acórdão n.º 16/2021 – 1.ª S/SS, de 29 de junho, se concluiu que o disposto no artigo 72.º do CCP é «um poder vinculado a uma atuação no sentido do esclarecimento da

verdade e da eliminação de quaisquer dúvidas que possam ensombrar o resultado da adjudicação».

73) Assim, conclui-se que é ilegal a exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

74) Inexistindo um motivo de exclusão da proposta do concorrente Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda., por ausência de base legal, a adjudicação efetuada é também ilegal.

75) A ilegalidade em causa é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, na medida em que, se não ocorresse o vício, a decisão final conduziria necessariamente à adjudicação da proposta de preço mais baixo, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constitui motivo de recusa de visto do respetivo contrato.

76) Com efeito, a proposta sobre a qual recaiu a adjudicação apresenta um preço contratual superior em 255 627,72 euros ao da proposta indevidamente excluída.

77) Em consequência, verifica-se o fundamento de recusa de visto previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

## IV – Decisão

Face ao exposto, a Juíza da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão extraordinária, decide recusar o visto ao contrato de empreitada de obras públicas para a conclusão da empreitada de construção de cobertura do Mercado da Graça, celebrado pelo Município de Ponta Delgada, em 05-06-2024, no valor de 1 743 813,54 euros.

****

São devidos emolumentos em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

****

Após as notificações, que devem atender ao disposto no n.º 2 do artigo 85.º da LOPTC, e, oportunamente, divulgue-se na Intranet e no sítio do Tribunal na Internet.

D.N.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, Ponta Delgada, 26 de julho de 2024.

A Juíza Conselheira,

(Cristina Flora)