



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 8/FP/2009

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 24 de Setembro de 2009, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de construção da “cobertura do Polidesportivo da Escola Básica do 1.º ciclo de Gaula”, outorgado, em 25 de Junho do corrente ano, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social (SRES), e a firma *Tecnaco, Técnicos de Construção, Ld.ª* (*Tecnaco, Ld.ª*), pelo preço de € 436 093,43, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) Considerando as medidas excepcionais de contratação pública consagrados no Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, designadamente no artigo 1.º, n.ºs 4 e 6, foi decidido, através do Despacho Conjunto n.º 5/2009/M, dos Secretários Regionais do Equipamento Social e da Educação e Cultura, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 64, de 1 de Abril, considerar prioritária a obra de construção da “cobertura do Polidesportivo da Escola Básica do 1.º ciclo de Gaula”, e adoptar o ajuste directo sujeito ao regime previsto naquele diploma legal, bem como incumbir o Secretário Regional do Equipamento Social da prática de todos os actos no âmbito do mesmo procedimento.
- b) Nessa sequência, por despacho de 3 de Abril último do Secretário Regional do Equipamento Social, foram as 5 seguintes empresas convidadas a apresentar proposta:
 - ✓ A *Olca Construções, Ld.ª*;
 - ✓ A *Edimade – Edificadora da Madeira, S.A.*;
 - ✓ A *Socieade Construções Primos, S.A.*;
 - ✓ A *Elimar, Engenharia, S.A.*;
 - ✓ A *Tecnaco – Técnicos de Construção, Ld.ª*.
- c) O ofício-convite foi remetido no dia 6 de Abril seguinte, e nele se determinava, entre outros aspectos, que “A proposta deve ser apresentada até às **23:59h do dia 24 de Abril de 2009**, por qualquer meio escrito e electrónico, através dos meios de contacto electrónico indicados no n.º 1 supra” (vide o ponto 6.), a saber luisvelosa.sres@gov-madeira.pt, e que o critério de adjudicação adoptado era o do mais baixo preço (vide o ponto 9.).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- d) Do relatório preliminar elaborado pelo júri do procedimento a 28 de Abril de 2009, ressaltava que todas as empresas convidadas haviam apresentado proposta.
- e) O júri propôs, então, a exclusão da proposta da concorrente *Olca Construções, Ld.^a* (por motivos que aqui não relevam), e, com base no critério de adjudicação, a seguinte ordenação das admitidas:

CONCORRENTE	VALOR DA PROPOSTA (EM EUROS, E S/IVA)	CLASSIFICAÇÃO
ELIMAR – ENGENHARIA, S.A.	386 503,98	1.º
SOCIEDADE DE CONSTRUÇÕES PRIMOS, S.A.	388 147,28	2.º
TECNACO – TÉCNICOS DE CONSTRUÇÃO, LD. ^a	436 093,43	3.º
EDIMADE – EDIFICADORA DA MADEIRA, S.A.	449 270,39	4.º

- f) De seguida, o júri conclui que a empreitada deveria ser adjudicada à firma *Elimar, Engenharia, S.A. (Elimar, S.A.)*, pelo valor de € 386 503,98 (s/IVA), e com um prazo de execução de 3 meses, e procedeu à realização da audiência prévia dos concorrentes, nos termos do disposto no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 34/2009.
- g) A empresa *Tecnaco, Ld.^a*, ao abrigo do direito de audiência prévia, veio, dentro do prazo estipulado no citado artigo 7.º, contrapor que as “ (...) propostas dos concorrentes *Elimar – Engenharia, S.A.*, e *Sociedade de Construções Primos, S.A.*,” foram “apresentadas depois do termo fixado para a sua apresentação”.
- h) Essa observação foi ponderada pelo júri no relatório elaborado a 13 de Maio último, conforme manda o artigo 124.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP), e determinou a alteração do teor e das conclusões do relatório preliminar, com a seguinte argumentação factual: “O júri tendo consultado o Núcleo de Informática, constatou não ser possível confirmar que as propostas que deram entrada após as 23:59h do dia 24 de Abril de 2009, correspondem ao conteúdo enviado por correio electrónico pelos concorrentes em tempo útil. Apreciadas e ponderadas as observações do concorrente *Tecnaco – Técnicos de Construções, Ld.^a*, em sede de audiência prévia, o júri propõe a exclusão das propostas dos concorrentes *Elimar – Engenharia, S.A.*, e *Sociedade de Construções Primos, S.A.*, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 2 do art.º 146.º do CCP, ou seja, por estas terem sido apresentadas depois do termo fixado para a sua apresentação.
- i) Tomado por referência o aludido relatório, o Secretário Regional do Equipamento Social despachou, no dia 15 de Maio de 2009, no sentido de se proceder a nova audiência prévia, “Nos termos propostos”, tendo, a 22 do referido mês, adjudicado a empreitada à *Tecnaco, Ld.^a*, conforme propunha o júri no relatório final elaborado na mesma data, o qual manteve o teor e as conclusões do relatório anterior, porquanto os concorrentes nada observaram no âmbito da audiência prévia.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- j) A SRES, primeiramente confrontada com a questão da exclusão das propostas dos concorrentes *Elimar – Engenharia, S.A.*, e *Sociedade de Construções Primos, S.A.*, colocada no Despacho n.º 11/FP/2009, de 12 de Agosto, porquanto a fundamentação expressa no relatório, acima transcrita na alínea i), parecia apontar em sentido contrário à apresentação extemporânea das propostas, alegou o seguinte, no seu ofício com a referência S 7504, de 1 de Setembro:

“A exclusão das propostas dos concorrentes Elimar – Engenharia, S.A., e Sociedade de Construções Primos, S.A., ficou a dever-se ao facto de terem sido apresentadas via fax e correio electrónico (dia 27 de Abril de 2009), depois do termo fixado para a sua apresentação. A referência do júri ao correio electrónico enviado pelos concorrentes em tempo útil tem a ver com o facto de os referidos documentos conterem indícios de que as propostas terão sido enviadas por correio electrónico no dia 24 de Abril, sem contudo terem sido recepcionadas no endereço electrónico referido no convite”.

- k) Contudo, porque as explicações avançadas não encontravam suporte na prova documental existente nos autos, designadamente nos registos das mensagens electrónicas das empresas, com o intuito de clarificar esta situação, foi, de novo, através do Despacho n.º 12/FP/2009, a 10 de Setembro, solicitado à SRES que demonstrasse a não recepção no endereço electrónico luisvelosa.sres@gov-madeira.pt das propostas à data do seu envio, tendo em vista provar que a sua exclusão se subsumiu na previsão da alínea a) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.
- l) Em resposta, a SRES enviou, em anexo ao seu ofício n.º S 7886, de 17 de Setembro de 2009, cópia dos documentos emitidos pelo servidor de correio electrónico que aloja as contas com domínio «gov-madeira.pt» da não recepção das mensagens, relativas à remessa das propostas, de correio electrónico enviadas, no dia 24 de Abril de 2009, pelas supra identificadas empresas. De acordo com aquela Secretaria, os documentos demonstram a não recepção das propostas no endereço electrónico luisvelosa.sres@gov-madeira.pt.
- m) Todavia, de ambos os documentos ressalta que o envio daquelas mensagens ocorreu em tempo útil, até às 23:59h do dia 24 de Abril passado, mas que foram devolvidas, porque o respectivo conteúdo excedia o tamanho máximo permitido pelo servidor utilizado pela SRES, conforme evidencia a expressão “*Message size exceeds fixed maximum message size*”.
- n) Temos, assim, que a não entrega atempada das propostas se ficou a dever ao limite imposto ao tamanho das mensagens que poderiam ser recepcionadas no endereço de correio electrónico indicado no ofício-convite, e cuja existência não foi dada a conhecer às empresas convidadas.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

II - O Direito

A questão a resolver nos presentes autos é a de saber se, no quadro circunstancial decorrente dos factos descritos na parte I da decisão e das justificações complementares apresentadas pela SRES, está, ou não, preenchida a previsão da norma inserta na alínea a) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, o fundamento legal invocado para a exclusão das propostas dos concorrentes *Elimar – Engenharia, S.A.*, e *Sociedade de Construções Primos, S.A.*.

Face ao preceituado no artigo 146.º, n.º 2, do CCP, a decisão sobre a admissão das propostas constitui uma decisão vinculada, devendo o júri do procedimento admitir todas as propostas relativamente às quais não se verifique qualquer causa de exclusão bem especificada no elenco daquele n.º 2.

A exclusão das propostas “*Que tenham sido apresentadas depois do termo fixado para a sua apresentação*” é a causa prevista na alínea a) do n.º 2 do citado artigo 146.º, e assenta num critério de verificação facilmente detectável pelo júri, a entrega da proposta fora do prazo, determinante do seu imediato afastamento.

Todavia, no caso vertente, a prova existente no processo vai no sentido de que as firmas *Elimar, S.A.*, e *Primos, S.A.*, tentaram entregar as suas propostas até às 23:59h do dia 24 de Abril de 2009, mas que isso não foi possível por facto imputável à SRES: o de o endereço electrónico [luisvelosa.sres@gov-madeira.pt.](mailto:luisvelosa.sres@gov-madeira.pt), fornecido às empresas convidadas como destino de envio das propostas, impor um limite ao tamanho das mensagens que nele poderiam ser recebidas, sem que tal condicionante tenha sido dada a conhecer, previamente e atempadamente, aos concorrentes.

Isto significa que a SRES não pode usar os registos emitidos pelo servidor de correio electrónico que aloja as contas «gov-madeira.pt» como prova da não recepção das mensagens enviadas, no dia 24 de Abril de 2009, pelas referenciadas empresas, com o fim de proceder à remessa das suas propostas.

Esta tese não é convincente ou, sequer, persuasiva, pois fica claro da análise dos registos que o envio das mensagens ocorreu até às 23:59h do dia 24 de Abril passado, mas que foram devolvidas, porque o respectivo conteúdo excedia o tamanho máximo permitido pelo servidor utilizado pela SRES, conforme evidencia a expressão “*Message size exceeds fixed maximum message size*”, que, numa tradução livre, significa exactamente isso.

Cabe, assim, muito especificamente, concluir que os registos dos contactos electrónicos evidenciam que as empresas *Elimar, S.A.*, e *Primos, S.A.*, remeteram as respectivas propostas dentro do prazo fixado para o efeito, e que o problema da sua não recepção tempestiva é da exclusiva responsabilidade da entidade adjudicante.

Donde que, num contexto onde pontua a vinculação da entidade adjudicante à lei, não se verificando a hipótese da alínea a) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, a decisão do Secretário Regional do Equipamento Social, de assumir o afastamento das propostas das firmas *Elimar, S.A.*, e *Primos, S.A.*, é não só inaceitável, como ilegal, porquanto não existe qualquer irregularidade susceptível de levar à aplicação daquele preceito normativo.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

De outro lado, embora se trate de um procedimento onde o dono da obra limitou o universo concorrencial quando convidou quem bem entendeu, não passa despercebido que, em função de ponderações subjectivas de argumentos apresentados por um concorrente na audiência prévia, foram tomadas decisões que conduziram à investitura do mesmo concorrente na posição de adjudicatário, através da aplicação indevida da norma da alínea a) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP,

O Tribunal tem, por isso, ainda de valorar negativamente a circunstância de esta actuação ter afastado, sem fundamento adequado, duas propostas mais vantajosas do ponto de vista financeiro, originando, assim, em sede contratual, prejuízo para a Administração.

O que de imediato ofende, ao menos potencialmente, o princípio da imparcialidade da Administração Pública, a que a SRES se encontra adstrita por força do disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e no artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo.

Não no sentido de que esse princípio materializa, em si mesmo, a prática de um acto favorável à adjudicatária, visto que nada a esse respeito se provou, mas na dimensão da transparência que o princípio comporta, e que tem recebido tratamento autónomo na jurisprudência dos tribunais administrativos e na doutrina, através da acentuação da vertente de que o interesse jurídico tutelado com a transparência é o simples risco de quebra do dever de imparcialidade, independentemente de se ter produzido, em concreto, uma efectiva actuação imparcial.

Em sede de fiscalização prévia, a ofensa ao artigo 146.º, n.º 2, alínea a), do CCP, e a violação daquele princípio, integram o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na medida em que estamos perante uma ilegalidade que alterou, efectivamente, o resultado financeiro do contrato ora remetido para visto, a qual, não obstante, não impede o Tribunal de, ao abrigo do n.º 4 do mesmo artigo 44.º, conceder o visto ao contrato com recomendações à entidade fiscalizada para, no futuro, evitar a prática da ilegalidade assinalada.

Todavia, a alteração objectiva do resultado financeiro do contrato posteriormente celebrado em resultado do afastamento indevido de propostas que se encontravam em melhor situação para serem escolhidas, considerando o seu valor e o critério de adjudicação adoptado (o do mais baixo preço), ao invés da proposta da *Tecnaco, Ld.ª* (a 3.ª na ordenação final decorrente da aplicação automática do referido critério), configura uma situação grave que leva o Tribunal a considerar desadequado optar pela recomendação.

Com efeito, não fora a decisão ilegal do Secretário Regional do Equipamento Social, de excluir as propostas em causa, o valor do presente contrato certamente ter-se-ia cifrado nos 386 503,98 (s/IVA), correspondente ao preço da proposta da *Elimar, S.A.*, conforme, de resto, sugeria o relatório preliminar de 28 de Abril de 2009, ao invés dos 436 093,43 (s/IVA), da proposta da *Tecnaco, Ld.ª*, posteriormente seleccionada.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Neste quadro, a opção de recusar o visto bem se compreende, dado que só a improdutividade do contrato garante a protecção adequada do interesse público, que também é financeiro, e os fins visados pelo ajuste directo com consulta.

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **recusar o visto** ao contrato da empreitada de construção da “cobertura do Polidesportivo da Escola Básica do 1.º ciclo de Gaula”, outorgado entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social, e a firma *Tecnaco, Técnicos de Construção, Ld.ª*.

Prazo para a interposição do recurso: 15 dias contados da notificação da presente decisão, nos termos do n.º 1 do artigo 97.º, conjugado com o artigo 109.º, ambos da Lei n.º 97/98, de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos, no montante de €20,60.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 24 de Setembro de 2009.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

O ASSESSOR,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processo n.º 40/2009 – Secretaria Regional do Equipamento Social.