



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 5/FP/2012

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 8 de março de 2012, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de execução do “*Caminho Penedo/Serra D’Água (Seixal)*”, outorgado em 10 de outubro de 2011 entre a Câmara Municipal de Porto Moniz e a empresa “*Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*”, pelo preço de 436 000,00€ (s/IVA).

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, designadamente para efeitos de apreciação da legalidade do processo vertente, cumpre evidenciar os factos a seguir enunciados:

- a) O procedimento adotado para a seleção da entidade cocontratante foi o concurso público, sujeito ao regime jurídico aprovado pelo Código dos Contratos Públicos (CCP)¹, cujo aviso foi divulgado no Diário da República, II Série, n.º 144, (Parte L) de 28 de julho de 2011.
- b) O prazo de execução da obra é de 360 dias a contar da data da consignação.
- c) No artigo 9.º do programa do procedimento, retificado na reunião da Câmara (vd. Ata n.º 15/2011, de 4 de agosto), foram exigidos aos potenciais concorrentes requisitos mínimos de capacidade técnica, a saber:
 - Ter concluído pelo menos uma empreitada enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro;
 - O diretor de obra ter o grau de licenciado em engenharia civil ou ser engenheiro técnico civil;
 - O encarregado geral ter participado enquanto tal, em pelo menos uma empreitada, enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro.
- d) Complementarmente ao previsto na alínea anterior, o artigo 15.º, n.º 5, alínea a), da mesma peça processual identifica como um dos elementos relativos aos aspetos não submetidos à concorrência (condições da proposta) a declaração do concorrente que atestasse o cumprimento dos requisitos mínimos estabelecidos no supra citado artigo 9.º.
- e) Por sua vez, o artigo 11.º do mesmo regulamento determinava que poderiam ser admitidos a concurso os titulares de alvará de classificação de empreiteiro de obras públicas ou título de registo emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., titulares das seguintes autorizações:
 - A 1.ª subcategoria da 2.ª categoria (Vias de Comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas), na classe correspondente ao valor da proposta;

¹ Aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e objeto da Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de junho, e pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

- A 2.^a e a 13.^a subcategoria da 5.^a categoria, na classe correspondente ao valor dos trabalhos a que diz respeito;
- A 1.^a e a 7.^a subcategoria da 4.^a categoria, na classe correspondente ao valor dos trabalhos a que diz respeito.

f) Noutro âmbito, o artigo 17.º, n.º 1, do programa do procedimento definia que a adjudicação seria feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, desenvolvido no modelo de avaliação constante do Anexo VI – Regulamento de avaliação, tendo em conta os seguintes fatores:

- **Preço da obra ----- 0,60;**
- **Valia técnica da proposta ----- 0,40.**

Assim do referido modelo de avaliação, tínhamos que a pontuação global de cada proposta seria alcançada pelo resultado da soma das pontuações parciais obtidas nos seguintes fatores e subfatores elementares, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação, conforme a fórmula seguinte:

$$PG = (0.6 \times Po) + (0.4 \times Vtp)$$

PG – Pontuação Global de cada proposta;

Po – Preço da Obra;

Vtp – Valia Técnica da Proposta.

| FATOR | SUBFATOR | COEFICIENTE DE PONDERAÇÃO | |
|--------------------------------------|----------|--|------------|
| a) Preço da Obra (Po): | | | 0,6 |
| b) Valia Técnica da Proposta – (VTP) | A1 | Modo de execução da Obra – Memória Descritiva | 60 |
| | A2 | Plano de trabalhos | 20 |
| | A3 | Plano de equipamentos e de Mão-de-obra | 20 |
| | | | 0,4 |

A1 - Na Memória Descritiva e Justificativa seria analisada a coerência da descrição da metodologia proposta para execução da obra, bem como os métodos e técnicas adotadas e os materiais a utilizar, classificando-se do seguinte modo:

- a) **100 Pontos** - Adequação da Memória Descritiva e Justificativa. Pontuação muito adequada (demonstra total compreensão e um estudo profundo das especificidades da obra; expõe detalhadamente quer a metodologia utilizada quer as soluções viáveis que preconiza para a realização dos trabalhos, acompanhando as mesmas de peças desenhadas pormenorizadas e catálogos/fichas técnicas dos materiais a utilizar; apresenta um plano de estaleiro detalhado e cumprindo com todas as especificações do Caderno de Encargos e legislação em vigor, particularmente no que se refere à Higiene, Segurança e Saúde no Trabalho e à Gestão de Resíduos de Construção e Demolição);
- b) **75 Pontos** - Adequada (demonstra uma grande compreensão e estudo das especificidades da obra; apresenta soluções viáveis para a realização dos trabalhos, acompanhadas de peças desenhadas com algum pormenor; apresenta um plano de estaleiro com algum detalhe e cumprindo com todas as especificações do Caderno de Encargos e legislação em vigor, particularmente no que se refere à Higiene, Segurança e Saúde no Trabalho e à Gestão de Resíduos de Construção e Demolição);
- c) **50 Pontos** - Adequada com lacunas (demonstra compreensão e um estudo simplificado das especificidades da obra; apresenta soluções para a realização dos trabalhos, mas sem estudo de viabilidade, acompanhadas de peças desenhadas com reduzido detalhe; apresenta um plano de estaleiro com algum detalhe mas apenas cumprindo parcialmente com as disposições do Caderno de Encargos e legislação em vigor);
- d) **25 Pontos** - Pouco adequada (demonstra uma compreensão muito elementar da obra, não demonstrando um estudo da mesma; apresenta soluções muito genéricas para a realização dos trabalhos, sem qualquer estudo de viabilidade e sem peças desenhadas; apresenta um plano de estaleiro com reduzido detalhe e cumprindo apenas parcialmente com as disposições do Caderno de Encargos e legislação em vigor);
- e) **0 Pontos** – Inadequada.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

A2 e A3 - O plano de trabalhos, Plano de Equipamentos e de Mão-de-obra, seriam analisados com base na correta progressão das atividades, o faseamento construtivo ou planeamento das frentes de trabalho, a quantidade e rendimento das atividades e a correta relação dos meios humanos e equipamentos a afetar à obra, classificando-se do seguinte modo:

- a) 100 Pontos** - Muito adequado – (considera todas as atividades escalonadas por tipo de trabalho, indicando a duração, as relações de precedência e de mobilidade adequadas e tendo em conta as condicionantes da atividade, os potenciais subempreiteiros e fazendo a distinção das diversas frentes de trabalho considerando também a simultaneidade de equipamentos e de mão-de-obra associados a cada frente; apresenta um caminho crítico adequado e com bom detalhe das atividades; existe conformidade entre a Memória Descritiva e as equipas-tipo e respetivos rendimentos; indica, para a quase totalidade das atividades e em conformidade com as durações previstas, as quantidades de trabalho e rendimentos);
- b) 75 Pontos** - Adequado - (considera as atividades escalonadas por tipo de trabalho, indicando a sua duração e algumas relações de precedência; distingue diferentes frentes de trabalho e respetivos equipamentos mas não mão-de-obra, ou vice-versa; apresenta um caminho crítico com algum detalhe das atividades; existe coerência entre a Memória Descritiva e grande parte das equipas-tipo e respetivos rendimentos apresentados; indicam-se grande parte das atividades, quantidades de trabalho e rendimentos, em conformidade com as durações previstas);
- c) 50 Pontos** - Adequado com lacunas (considera apenas atividades principais, indicando a duração das mesmas mas sem estabelecer relações de precedência; distingue as várias frentes de trabalho sem, no entanto, afetar às mesmas equipamento ou mão-de-obra; apresenta um caminho crítico mas com reduzido detalhe; existe apenas conformidade parcial entre a Memória Descritiva e as equipas-tipo e os seus rendimentos; apresentam-se Quantidades de trabalho e rendimentos apenas para as principais atividades, que estão, em geral, conformes com a sua duração);
- d) 25 Pontos** - Pouco adequado (apresenta apenas atividades principais, sem registos de duração; distingue apenas genericamente as frentes de trabalho; apresenta um caminho crítico mas sem traduzir adequadamente a obra; existe reduzida conformidade entre as equipas-tipo e os seus rendimentos e a Memória Descritiva; indica quantidades de trabalho e rendimentos só para algumas atividades);
- e) 0 Pontos** – Inadequado.

Fator preço:

Seriam atribuídas as pontuações entre os limites 0 e 10, de acordo com a fórmula seguinte, sendo que 10 seria a pontuação máxima que corresponderia a um valor de 40% do preço-base e 0 a pontuação mínima que corresponderia ao valor do preço-base.

A fórmula para valorização era a seguinte:

$$Pontuação = 10 \left\{ \frac{\left\{ Valor da proposta em análise - 0.4 \times Preço base \right\} \times 10}{0.6 \times Preço base} \right\}$$

As propostas com valor igual ou inferior a 40% do preço base, caso tivessem por base causas aceitáveis e justificáveis e conforme previsto nos números 3 e 4 do art.º 71.º do CCP, seriam pontuadas com 10 pontos.

Fator valia técnica da proposta:

Este fator seria avaliado através de uma grelha que permitisse atribuir uma pontuação de 0 a 10 valores, a cada concorrente, obtida através da seguinte expressão matemática:

$$Pvt = [(0.60 \times A1) + (0.20 \times A2) + (0.20 \times A3)] \times 0,40$$

Pvt – Pontuação do Fator Valia Técnica da Proposta:

- A1** – Pontuação obtida para o subfactor Plano de Trabalho, Plano de Equipamentos e Plano de Mão-de-obra a afetar à obra;
- A2** – Pontuação obtida para o subfactor Memória Descritiva e Justificativa da execução da obra;
- A3** – Pontuação obtida para o subfactor Adequação dos Planos de Mão-de-obra e Equipamentos ao Plano de Trabalhos.

Na sequência da verificação preliminar do processo, e com vista ao seu completo exame e instrução, foi solicitado à Autarquia de Porto Moniz, através do ofício com a ref.ª UAT I/527, de 20 de outubro de 2011, que, entre outros aspetos:

- a) Apontasse, no CCP, a(s) norma(s), das que disciplinam o concurso público que antecedeu a outorga do presente contrato, que permitiu(ram) confinar a admissão a esse procedimento a entidades que preenchessem os requisitos mínimos de capacidade técnica definidos no artigo 9.º do programa do procedimento e retificados em reunião de Câmara (vide a ata n.º 15/2011, de 4 de Agosto);
- b) Elucidasse por que razão o modelo de avaliação das propostas fixado no Anexo VI do programa do concurso, em desenvolvimento do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa assente no artigo 17.º daquela peça processual, não observava os preceitos normativos ínsitos nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do mesmo Código, designadamente no que toca à escala valorativa definida para os subfactores que compõem o fator “*Valia técnica da proposta*”, uma vez que, para esse efeito, a entidade adjudicante limitou-se a recorrer a expressões sem as densificar, tais como “*muito adequada*”, “*adequada*”, “*adequada com lacunas*”, “*pouco adequada*” e “*inadequada*”;

A coberto do ofício n.º 1964/2616/2011, de 26 de outubro, a Edilidade respondeu, no que concerne à questão enunciada na precedente **alínea a)**, que: “ (...) nos termos do n.º 4 do artigo 132.º do Código dos Contratos Públicos, o Município considerou adotar requisitos mínimos de capacidade técnica, atendendo à especificidade da obra, de forma a garantir que os responsáveis pela sua execução tivessem conhecimento deste tipo de empreitada (...) tratando-se apenas de um reforço do alvará exigido no artigo 11.º do Programa do Procedimento, e ainda, que tais requisitos mínimos não foram considerados na avaliação das propostas”.

No que tange à questão colocada na **alínea b)**, advoga que “ (...) foi estabelecido um modelo de avaliação de propostas considerando o disposto na alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º do Código dos Contratos Públicos, no qual procurámos densificar o modo de avaliação do fator valia técnica da proposta da melhor forma possível. Apesar das expressões «muito adequada», «adequada», «adequada com lacunas», «pouco adequada» e «inadequada» observadas isoladamente poderem indiciar alguma subjetividade, consideramos que atendidas no cômputo geral cumprem os preceitos normativos, estabelecendo-se ainda os valores dos coeficientes de ponderação e a escala de pontuação. (...) A aplicação dos critérios de avaliação do fator valia técnica das propostas foi clara e objetiva, resultando da análise de cada proposta, que foi classificada de acordo com o respetivo cumprimento do detalhe exigido na sua elaboração (...) ”.

II - O DIREITO

Dos factos tidos por assentes nos presentes autos sobressaem duas questões de legalidade que se refletem no ato de adjudicação da empreitada em referência e, por esta via, no contrato que agora se analisa.

1. A primeira dessas questões prende-se com o facto de a Câmara Municipal do Porto Moniz ter estabelecido os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica no artigo 9.º do programa do procedimento que os concorrentes deviam preencher:
 - Ter concluído pelo menos uma empreitada enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro;
 - O diretor de obra ser licenciado em engenharia civil ou ser engenheiro técnico civil;



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- O encarregado geral ter participado enquanto tal, em pelo menos uma empreitada, enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro.

Sendo que cada concorrente deveria apresentar uma declaração atestando o cumprimento desses mesmos requisitos mínimos, em conformidade com o artigo 15.º, n.º 5, alínea a), do programa do concurso, a qual consubstanciava um elemento relativo aos aspetos não submetidos à concorrência (condições da proposta – nesse sentido, vide o referido n.º 5.).

No pressuposto de que as normas que disciplinam o concurso público consagradas no CCP, procedimento que antecedeu a outorga do contrato *sub judice*, não fazem referência à possibilidade de a entidade adjudicante poder enxertar nesse procedimento qualquer fase de apreciação de requisitos mínimos de capacidade técnica, foi solicitado à Autarquia que clarificasse o porquê dessa exigência, tendo este Município trazido à consideração deste Tribunal que tal se deveu à “ (...) *especificidade da obra, de forma a garantir que os responsáveis pela sua execução tivessem conhecimento deste tipo de empreitada, tratando-se apenas de um reforço do alvará exigido no artigo 11.º do Programa do Procedimento (...)*”, que se fundamentou no n.º 4 do art.º 132.º do CCP, e acresceu que esses requisitos não foram considerados na avaliação das propostas.

Concretizando a análise da resposta do Município, cumpre desde logo assinalar que a empreitada de execução do “*Caminho Penedo/Serra D’Água (Seixal)*”, não evidencia qualquer qualidade, característica ou aspeto de complexidade técnica que justificasse essa particular exigência, ao contrário do que argumenta aquela Autarquia.

Isto porque os trabalhos a executar consubstanciam-se em terraplanagens, pavimentação, obras correntes e acessórias, água potável, esgotos domésticos e pluviais, infraestruturas elétricas e telefónicas e iluminação pública, com o comprimento total de cerca de 250m, e uma faixa de rodagem tipo 4,50m, indo o caminho servir uma zona de habitação em meio rural, e com respeito pelo caminho já existente, embora fossem feitas pontualmente alterações a esse traçado de modo a permitir maior comodidade de circulação e dos próprios condicionamentos orográficos.

A Câmara fundamentou ainda a exigência em análise com base no n.º 4 do art.º 132.º do CCP. Mas o que o n.º 4 do art.º 132.º do CCP permite é que, no âmbito do programa do concurso, a entidade adjudicante possa introduzir “ (...) *quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência*”.

Esta disposição permissiva versa precisamente sobre a possibilidade de a entidade adjudicante introduzir regras no procedimento que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. O que é precisamente o inverso do que aconteceu *in casu*, pois com a exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica no artigo 9.º do programa do procedimento a Edilidade esteve, na prática, a introduzir normas ilegais que restringiram a concorrência, condicionando a admissão ao concurso público a entidades que preenchessem essas exigências.

Noutra perspetiva, considerando que estamos num domínio em que a entidade adjudicante desfruta de ampla liberdade de configuração do procedimento pré-contratual, apesar da existência de certos limites de vinculação procedimental, o ponto de partida para análise da correção na fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica dos potenciais concorrentes consiste em localizar e delimitar o âmbito de autonomia de ação que as normas procedimentais lhe conferem.

O procedimento escolhido pela Autarquia foi o concurso público, regulado nos art.ºs 130.º a 148.º do CCP (vide ainda os art.ºs 16.º, 24.º, 28.º, 31.º, e 40.º).

A opção por este tipo de procedimento constitui já uma manifestação de um espaço de autonomia administrativa conferida pelas normas reguladoras dos procedimentos pré-contratuais. Com efeito, considerando o valor do contrato a celebrar, o art.º 18.º do CCP atribui ao órgão competente para a decisão de contratar uma liberdade de escolha entre os procedimentos de concurso público e de concurso limitado por prévia qualificação.

A discricionariedade de escolha optativa conferida por esta norma tem implicação direta na otimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no concurso público, no concurso limitado por prévia qualificação o acesso ao procedimento é limitado a quem preencher determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.

Por isso mesmo, o exercício da liberdade de escolha do procedimento não é arbitrário: há normas reguladoras dessa autonomia, como o art.º 38.º do citado Código, que impõe a fundamentação dessa decisão ou normas que a limitam internamente, como acontece com os princípios da proporcionalidade, da imparcialidade e boa-fé.

A escolha do concurso público vinculou a entidade adjudicante às normas procedimentais reguladoras dessa forma de procedimento, as quais não consagram a faculdade de exigir, para efeitos de admissão ao procedimento, o preenchimento de requisitos mínimos de capacidade técnica.

Aliás, uma das principais novidades introduzidas por via do CCP face ao regime anteriormente vigente, e consubstanciado primordialmente no DL n.º 59/99, de 2 de Março, foi a eliminação, no âmbito do concurso público, da fase de qualificação dos concorrentes, excluindo a possibilidade de qualquer solicitação da demonstração de um mínimo de capacidade técnica e financeira para participar no procedimento, a qual o CCP reservou unicamente para o concurso limitado por prévia qualificação [nesse sentido, cfr. os art.ºs 164.º, n.º 1., als. h) e j), e n.º 2, e 165.º, n.º 1, 2 e 3 do CCP].

Tanto assim é que no concurso limitado por prévia qualificação existe sempre, por definição, uma fase prévia de qualificação em que se avaliam a capacidade técnica e a capacidade financeira dos candidatos, sendo os selecionados os únicos convidados a apresentar propostas.

Dito de outro modo, com o CCP, a fase destinada à avaliação da capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos passa a existir só num dos tipos de procedimento concursal: no concurso limitado por prévia qualificação.

Neste pressuposto, quando a entidade adjudicante escolhe o concurso público entende-se que se basta com a habilitação do adjudicatário.

Neste âmbito, e no que toca às empreitadas de obras públicas, cumpre chamar à colação o determinado no art.º 81.º, n.º 2, do CCP, que impõe ao adjudicatário a obrigação de apresentar, entre outros documentos de habilitação, o respetivo alvará.

O art.º 7.º do DL n.º 12/2004, de 9 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na atividade da construção, preceitua que a concessão e a manutenção de habilitações dependem do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: idoneidade, capacidade técnica e capacidade económica e financeira.

E do art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo diploma resulta que a **capacidade técnica** de uma empresa de construção é determinada em função da sua estrutura organizacional e da avaliação dos respetivos meios humanos e técnicos, devendo esta ter em conta o núme-



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

ro de técnicos e os seus níveis de conhecimento, o número de profissionais afetos à gestão da segurança, higiene e saúde do trabalho e do número de encarregados e operários.

No caso, todavia, se o Município do Porto Moniz entendia que a mera titularidade pelos concorrentes de alvará nas subcategorias e categorias nas classes adequadas à natureza e ao valor dos trabalhos, enunciadas no artigo 11.º do programa do concurso, era insuficiente para a execução da obra posta a concurso, deveria ter lançado um outro procedimento, onde pudesse fazer uma apreciação mais exigente da capacidade técnica dos mesmos – o concurso limitado por prévia qualificação.

Ou seja, sempre que a entidade adjudicante pretenda avaliar a capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos, para além da capacidade revelada pelos documentos de habilitação, o procedimento adequado é o concurso limitado por prévia qualificação, em conformidade com o juízo de adequação que o órgão competente para a decisão de contratar faça em relação à necessidade que visa satisfazer com o contrato a celebrar e à idoneidade do meio escolhido para essa satisfação.

Logo, a Autarquia apenas poderia ter imposto exigências às propostas dos concorrentes, e não no campo das qualidades e aptidões técnicas dos mesmos, designadamente no que toca à experiência curricular e aos recursos humanos, como foi o caso, as quais se encontram expressamente enunciadas nas als. a) e b) do art.º 165.º, n.º 1, do CCP, exclusivamente previstas no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação.

Tal como ocorre na discricionariedade administrativa globalmente considerada, também a discricionariedade procedimental tem os limites de normas reguladoras dessa autonomia, normas que estabelecem limites e direcionam o exercício da discricionariedade atribuída. Referimo-nos, quer aos princípios gerais da atividade administrativa, para que remete o art.º 5.º, n.º 6, al. a), do CCP, quer aos princípios específicos da contratação pública referidos no art.º 1, n.º 4 do Código em referência. A imposição de requisitos mínimos de capacidade técnica no âmbito de um concurso público disciplinado por aquele diploma tem por limite não somente essas normas, mas também determinados princípios, como a igualdade, a imparcialidade, a proporcionalidade, a transparência e a concorrência. Estas normas de princípio incidem ou projetam-se no espaço de autonomia que aquelas normas atribuem às entidades adjudicantes, impondo certos cânones ou determinados parâmetros ao “*iter*” lógico insito no procedimento em apreço – o concurso público.

A intervenção destes princípios nos espaços de conformação próprios da decisão administrativa cria um conflito apenas resolúvel através de uma ponderação: por um lado, temos as normas que conferem à entidade adjudicante autonomia para fixarem requisitos mínimos, por outro lado, temos as normas de princípio que estabelecem o efeito contrário, na estrita medida em que, pelo menos, parte dessa autonomia é por si excluída ou diminuída. O conflito entre estas normas, que aparecem como geradoras de efeitos incompatíveis, só é possível resolver-se através do *método da ponderação* desses efeitos, com base na especificidade das circunstâncias de facto que geram o conflito. A solução jurídica do caso depende, pois, dos termos em que é feita a contra pesagem dos factos e dos juízos de valoração a ela associados.

Ora, o concurso público é um procedimento de acesso a todos os interessados, e é também aquele que garante maior concorrência, e que pode implicar a avaliação de inúmeras propostas, inclusive algumas apresentadas por entidades não qualificadas. Mas as razões deste tipo, hierarquizadas à luz do interesse público específico a prosseguir através do contrato, apenas podem relevar no momento da escolha do procedimento, e não podem justificar exigências no seu âmbito que a lei não permite.

O princípio da concorrência limita o exercício da autonomia procedimental que a lei confere às entidades adjudicantes no domínio da contratação pública, e é a trave-mestra dos

procedimentos da contratação pública, e que sobre o acesso ao procedimento determina, dentro do imperativo de otimização em que se traduz a sua aplicação, o mais amplo acesso de todos os interessados em contratar ao respetivo procedimento pré-contratual. O princípio estabelece que a instrução do procedimento deve ser orientada pelo objetivo de garantir a mais ampla entrada de concorrentes: no procedimento de contratação pública, e no que respeita ao acesso de interessados, deve viabilizar-se o mais amplo acesso possível. O interesse público subjacente à norma de concorrência está bem implícito no seu enunciado: estimular o mercado e os operadores económicos a concorrerem, como opositores e em condições de igualdade, de modo a se poder selecionar a proposta que melhores condições oferece para a satisfação do interesse específico que levou a entidade adjudicante a determinar-se ao negócio. O interesse da maior abertura ao mercado manifesta-se sobretudo na fase inicial, em que se formula o caderno de encargos e o programa de concurso, mas também tem projeções variáveis ao longo do procedimento.

A projeção da norma da concorrência no âmbito do concurso público formatado pelo CCP à entidade que o decide lançar não permite, no quadro atual, a fixação de quaisquer requisitos mínimos de capacidade técnica. Doutro modo, estar-se-iam a introduzir condições restritivas do acesso sem base justificativa e sem legitimidade.

E se a Câmara Municipal do Porto Moniz entendia que o preenchimento desses requisitos era fundamental deveria ter optado pelo concurso limitado por prévia qualificação, onde critérios ou exigências limitativas do acesso ao procedimento podem ser impostos, desde que justificados, racionais e razoáveis, com ponderação sobre as circunstâncias de facto relevantes para a celebração do contrato em expectativa.

Nesta conformidade, conclui-se que a exigência feita aos concorrentes de que deveriam ter concluído pelo menos uma empreitada enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro, que o diretor de obra deveria ser licenciado em engenharia civil ou engenheiro técnico civil, e que o encarregado geral deveria ter participado, enquanto tal, em pelo menos uma empreitada, enquadrada na mesma 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, violou o conjunto de normas que regulam o procedimento do concurso público no âmbito do CCP, designadamente os art.ºs 130.º a 148.º, em especial o disposto no art.º 132.º, assim como os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do art.º 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), o que determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do art.º 135.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

2. A segunda questão reside no facto de o modelo de avaliação das propostas consagrado no artigo 17.º do programa do procedimento, e no respetivo Anexo VI, se encontrar tratado de modo inadequado por não observar integralmente os termos do art.º 132.º, n.º 1, al. n), do CCP, que preceitua que o programa do concurso deve indicar *“O critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os fatores e os eventuais subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos fatores ou subfatores elementares, a respetiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”*.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

No caso, a seleção do cocontratante seguiu o critério previsto na alínea a) do n.º 1 do art.º 74.º do CCP, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, e o programa do concurso explicitou os fatores e os subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

Todavia, o artigo 17.º do programa do procedimento, e em concreto o Anexo VI, não percebe corretamente as questões do modelo de avaliação das propostas, porquanto omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfatores do fator *Valia Técnica da Proposta* do critério de adjudicação.

Com efeito, pese embora a entidade adjudicante goze de discricionariedade na escolha do critério de adjudicação e dos respetivos fatores e eventuais subfatores e suas ponderações, sobressai que, na elaboração do modelo de avaliação das propostas, não foi acolhida a disciplina veiculada pelos n.ºs 2 a 5 do art.º 139.º do mesmo Código.

E, muito particularmente, que, para cada um dos subfatores do fator *Valia Técnica da Proposta*, não se definiu “ (...) *uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse fator ou subfactor*”, conforme prescreve o n.º 3 do citado art.º 139.º.

O legislador procura neste domínio garantir que a elaboração do modelo de avaliação das propostas se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, já acima assinalados (vide o parágrafo final do antecedente ponto 1.).

Nesta linha, a escolha do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa impõe que a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedeça aos termos das disposições acima invocadas do CCP, sendo, pois, este o critério jurídico decisivo a ter em conta na situação que nos ocupa, à luz do qual a questão de direito deve ser solucionada.

Assume, por isso, importância o facto de, para a atribuição das pontuações parciais nos subfatores em causa, o modelo aludir simplesmente a uma escala estruturada com recurso a expressões, no que toca à escala valorativa definida para os subfatores “*Modo de execução da obra-Memória descritiva*”, “*Plano de trabalhos*” e “*Plano de equipamentos e mão-de-obra*”, que compõem o fator “*Valia técnica da proposta*”, uma vez que, para esse efeito, a entidade adjudicante limitou-se a recorrer a expressões sem as densificar, tais como “*muito adequada*”, “*adequada*”, “*adequada com lacunas*”, “*pouco adequada*” e “*inadequada*”.

Por isso não vinga o argumento da Edilidade de Porto Moniz de que aquelas expressões “ (...) *atendidas no âmbito geral cumprem os preceitos normativos, estabelecendo-se ainda os valores dos coeficientes de ponderação e a escala de pontuação (...)* ”, pois a ideia que se pode formular acerca daquele modelo de avaliação é a de que os paradigmas de referência adotados são vagos e genéricos, e não abonam a favor de uma avaliação objetiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objetiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Com efeito, a densificação de que o Município lançou mão, considerando, por exemplo, que uma memória descritiva e justificativa é “*muito adequada*” porque “*demonstra total compreensão e um estudo profundo das especificidades da obra*”, ou que é “*adequada*”

porque “*demonstra uma grande compreensão e estudo das especificidades da obra*”, ou que o plano de trabalhos, plano de equipamentos e de mão-de-obra, serão classificados como “*adequado com lacunas*” se apresentarem “*um caminho crítico mas com reduzido detalhe*”, ou como “*pouco adequado*” se apresentarem “*um caminho crítico mas sem trazer adequadamente a obra*”, é passível de permitir à entidade adjudicante efetivamente escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos.

Quer dizer, faltou definir, clara e previamente, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitisse a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, em sintonia com o disposto na norma do n.º 5 do art.º 139.º do CCP, cujos termos estipulam que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da “*expressão matemática*” ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação dos respetivos atributos com o conjunto ordenado referido no n.º 3 do mesmo art.º 139.º.

Omissão que impediu que ficasse claro qual o trajeto seguido pelo júri para fazer corresponder à proposta do concorrente “*Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*”, nos citados subfactores *Modo de execução da obra-Memória descritiva, Plano de trabalhos e Plano de equipamentos e mão-de-obra*, a pontuação de 0 a 100 pontos, com remissão apenas para as expressões “*muito adequada*”, “*adequada*”, “*adequada com lacunas*”, “*pouco adequada*” e “*inadequada*”, assim como no que toca ao raciocínio desencadeado para efeitos de atribuição da pontuação aos demais concorrentes nos mesmos subfactores, porquanto se colocam exatamente as mesmas incertezas.

Tem-se assim por relevante que a entidade adjudicante tinha a obrigação de explicitar no modelo de avaliação as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conhecimento aos concorrentes no programa do procedimento, conforme determinam os art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, do CCP, cuja violação determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do art.º 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato, nos termos do citado art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

3. As ilegalidades evidenciadas nos pontos 2. e 3., traduzidas na fixação de habilitações técnicas que vão para além das legalmente exigidas, em violação das normas que regulam o concurso público acolhidas no CCP, previstas nos art.ºs 130.º a 148.º, mais concretamente no art.º 132.º, e na escolha de um modelo de avaliação das propostas que não observa a disciplina normativa plasmada no CCP, em concreto a que resulta dos art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, nem os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais, emergentes do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e do art.º 1.º, n.º 4, do citado Código (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), mostram-se suscetíveis de terem alterado o resultado financeiro do procedimento desencadeado, constituindo, por isso, fundamento para a recusa do visto ao contrato de empreitada em apreciação, por força do estatuído na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, a configurar-se a hipótese de terem afastado do procedimento outros potenciais interessados em contratar, e impedido a Câmara Municipal do Porto Moniz de receber outras propostas porventura mais vantajosas do que a escolhida.

Apurou-se, porém, que a Câmara Municipal do Porto Moniz nunca foi objeto de qualquer recomendação relativamente às ilegalidades agora detetadas.

Por outro lado, não se pode dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, pelo que se afigura adequado que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da mesma Lei n.º 98/97, de 26



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

de agosto, de conceder o visto e recomendar à Câmara Municipal do Porto Moniz que, futuramente, evite as ilegalidades de que aqui se dá conta.

III – Decisão

Pelo exposto, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, este Tribunal decide **conceder o visto** ao contrato *sub judice*, recomendando à Câmara Municipal de Porto Moniz que:

- a) Quando lançar concursos públicos, se cinja ao estrito cumprimento das normas que regulam esse procedimento consagradas no CCP, previstas designadamente nos art.^{os} 130.^o a 148.^o, não introduzindo, em particular, exigências ilegais que restrinjam a concorrência, e
- b) Respeite escrupulosamente o disposto nos art.^{os} 132.^o, n.^o 1, alínea n), parte final, e 139.^o, n.^{os} 2 e 3, também do CCP, explicitando, em concreto, no modelo de avaliação das propostas, quando opte pelo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dê conhecimento aos concorrentes no programa do concurso.

São devidos emolumentos, no montante de 436,00€.

Notifique-se o Presidente da Câmara Municipal do Porto Moniz do teor da presente decisão e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet*, e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 8 de março de 2012.

O JUIZ CONSELHEIRO

(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

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

(José Alberto Varela Martins)