



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

## DECISÃO N.º 17/FP/2012

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 5 de novembro de 2012, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de reconstrução da Estrada Regional n.º 227 - Tabua, celebrado, em 13 de agosto de 2012, entre a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., e o consórcio externo denominado “AFA/ZAGOPE, em Consórcio”, pelo preço de 13 300 005,87€ (s/IVA) e com o prazo de execução de 450 dias.

### I - OS FACTOS

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

- a) Em reunião de 19 de maio de 2011, o Conselho de Administração da RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A, deliberou, por unanimidade, abrir um concurso público para a adjudicação da obra de reconstrução da Estrada Regional n.º 227 - Tabua, ao abrigo do disposto nos artigos 19.º, alínea b), e 130.º a 154.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), tendo igualmente aprovado as respetivas peças do procedimento.
- b) O preço base do concurso foi fixado em 13 596 090,00€, com exclusão do IVA, tendo sido indicado um prazo de 450 dias (com possibilidade de prorrogação até 1080 dias) para a execução da obra.
- c) A abertura do procedimento pré-contratual ocorreu através da publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia 2011/S102 – 167148, de 27 de maio de 2011, assim como no Diário da República, II Série, Parte L, n.º 101, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II Série, n.º 101, de 25 e 26 do mesmo mês e ano, respetivamente, tendo havido lugar à publicação subsequente de três anúncios retificativos das peças do concurso.
- d) De acordo com a alínea k) do ponto 13.1 do programa do procedimento, um dos requisitos habilitacionais de execução da empreitada consistia na posse de alvará de construção com as seguintes autorizações:
  - Empreiteiro Geral de Obras Rodoviárias, na classe correspondente ao valor da proposta.
  - 1.ª Subcategoria (Obras fluviais e aproveitamentos hidráulicos) e 5.ª Subcategoria (Dragagens) da 3.ª Categoria (Obras Hidráulicas); 1.ª Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 4.ª Categoria (Instalações elétricas e mecânicas); 1.ª Subcategoria (Demolições), 2.ª Subcategoria (Movimentação de terras) e 6.ª Subcategoria (Paredes de contenção e ancoragens) da 5.ª Categoria (Outros trabalhos), nas classes correspondentes à parte dos trabalhos a que respeitam.
- e) No ponto 11. do programa do procedimento especificou-se que o critério de adjudicação a aplicar seria o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, densificado de acordo com fatores, subfactores e correlativos coeficientes de ponderação e escalas de pontuação que se passam a identificar:

**Fatores de avaliação:**

$F_1$  – Valia técnica da proposta (60%)

$F_2$  – Preço (40%)

$F_1$  – Valia técnica da proposta (60%), decomposto nos seguintes subfactores, respetivas ponderações e escalas de pontuação:

$F_{1.1}$  – Nível de desagregação das atividades do Plano de Trabalhos (35%)

<b><math>F_{1.1}</math> – Nível de desagregação das atividades (35%)</b>	<b>Pontuação</b>
O nível de desagregação das atividades do Plano de Trabalhos é adequado ao acompanhamento e controlo da evolução das diversas frentes de trabalhos	10 pontos
O nível de desagregação das atividades do Plano de Trabalhos é parcialmente adequado ao acompanhamento e controlo da evolução das diversas frentes de trabalhos	5 pontos
O nível de desagregação das atividades do Plano de Trabalhos não é adequado ao acompanhamento e controlo da evolução das diversas frentes de trabalhos	0 pontos

$F_{1.2}$  – Lógica da seqüência construtiva e faseamento das atividades do Plano de Trabalhos (30%)

<b><math>F_{1.2}</math> – Lógica da seqüência e faseamento (30%)</b>	<b>Pontuação</b>
A seqüência dos trabalhos e o faseamento proposto são totalmente coerentes com a memória descritiva e justificativa, sendo adequados ao tipo de empreitada	10 pontos
A seqüência dos trabalhos e o faseamento proposto são na generalidade coerentes com a memória descritiva e justificativa, sendo na generalidade adequados ao tipo de empreitada	8 pontos
A seqüência dos trabalhos e o faseamento proposto são na generalidade coerentes com a memória descritiva e justificativa, sendo parcialmente adequados ao tipo de empreitada	6 pontos
A seqüência dos trabalhos e o faseamento proposto não são coerentes com a memória descritiva e justificativa, sendo no entanto na generalidade ou parcialmente adequados ao tipo de empreitada	3 pontos
A seqüência dos trabalhos e o faseamento proposto não são coerentes com a memória descritiva e justificativa, e não são adequados ao tipo de empreitada	0 pontos

$F_{1.3}$  – Adequação do Plano de Mobilização de Mão-de-Obra e Equipamento com o gráfico de Gantt (12%)

<b><math>F_{1.3}</math> – Adequação do PM MQ e EQ (12%)</b>	<b>Pontuação</b>
Apresentação de um Plano de Mobilização de Mão-de-Obra e Equipamento totalmente adequado com o gráfico de Gantt e com idêntica desagregação	10 pontos
Apresentação de um Plano de Mobilização de Mão-de-Obra e Equipamento genericamente adequado com o gráfico de Gantt e com idêntica desagregação	5 pontos
Apresentação de um Plano de Mobilização de Mão-de-Obra e/ou de Equipamento que não está adequado com o gráfico de Gantt e com idêntica desagregação	0 pontos

$F_{1.4}$  – Memória Justificativa e Descritiva da proposta, no que se refere ao modo de execução e faseamento dos trabalhos (10%)

<b><math>F_{1.4}</math> – M.J.D. – Modo de execução e faseamento (10%)</b>	<b>Pontuação</b>
Descrição detalhada do modo de execução e faseamento proposto	10 pontos
Descrição insuficiente do modo de execução e faseamento proposto	5 pontos
Não descreve o modo de execução e faseamento proposto	0 pontos



# Tribunal de Contas

## Secção Regional da Madeira

*F<sub>1.5</sub> – Caminho crítico das atividades do Plano de Trabalhos (8%)*

<i>F<sub>1.5</sub> – Caminho crítico (8%)</i>	<i>Pontuação</i>
A % de atividade com folga total ≤ 5 dias, é inferior ou igual a 20%	10 pontos
A % de atividade com folga total ≤ 5 dias, é superior a 20% e inferior a 50%	5 pontos
A % de atividade com folga total ≤ 5 dias, é superior a 50%	0 pontos

*F<sub>1.6</sub> – Compatibilização do Plano de Pagamentos com o Plano de Trabalhos e com o Caderno de Encargos (5%)*

<i>F<sub>1.6</sub> – Compatibilização do PP / PT / CE – 5% (50%)</i>	<i>Pontuação</i>
Apresentação de um Plano de Pagamentos totalmente compatibilizado com a Plano de Trabalhos e Caderno de Encargos	10 pontos
Apresentação de um Plano de Pagamentos parcialmente compatibilizado com a Plano de Trabalhos e Caderno de Encargos	5 pontos
Apresentação de um Plano de Pagamentos não compatibilizado com a Plano de Trabalhos e Caderno de Encargos	0 pontos

Pontuação final do **Fator F<sub>1</sub> – Valia técnica da proposta:**

$$F_1 = 0,35 \times F_{1.1} + 0,30 \times F_{1.2} + 0,12 \times F_{1.3} + 0,10 \times F_{1.4} + 0,08 \times F_{1.5} + 0,05 \times F_{1.6}$$

**F<sub>2</sub> – Preço da proposta (40%),** aplicado em conformidade com a seguinte metodologia:

- Para as propostas com um preço entre 80% do Preço Base do Concurso (V) e o Preço Base do Concurso, a pontuação seria atribuída de acordo com a expressão linear definida em [i];
- Para as propostas com um preço entre 80% e 60% do Preço Base do Concurso, a pontuação seria atribuída de acordo com a expressão linear definida em [ii];
- Para as propostas cujo preço fosse inferior ou igual a 60% do Preço Base do Concurso, a pontuação seria atribuída de acordo com a expressão linear definida em [iii];
- Resumo do método de pontuação do **Fator F<sub>2</sub>:**

$$[i] \quad 80\% V < P \leq V \quad \rightarrow \quad F_2 = - 40 \times \frac{P}{V} + 40$$

$$[ii] \quad 60\% V < P \leq 80\% V \quad \rightarrow \quad F_2 = - 5 \times \frac{P}{V} + 12$$

$$[iii] \quad 0 \leq P \leq 60\% V \quad \rightarrow \quad F_2 = - \frac{10}{6} \times \frac{P}{V} + 10$$

Em que: V – Preço Base

P – Preço da Proposta

F<sub>2</sub> – Pontuação do fator – Preço da Proposta

A proposta mais vantajosa seria aquela que obtivesse a maior pontuação, calculada através da média ponderada das classificações obtidas em cada um dos fatores, resultando da aplicação da seguinte fórmula:

$$C.F. = 0,6 \times F_1 + 0,4 \times F_2$$

Sendo:

C.F. – Classificação Final resultado da média ponderada

F<sub>1</sub> – Pontuação do fator *Valia Técnica da Proposta*

F<sub>2</sub> – Pontuação do fator *Preço da Proposta*

- f) Conforme se extrai do relatório preliminar elaborado pelo júri do procedimento em 28 de novembro de 2011, no âmbito do concurso público em apreço foram apresentadas propostas por parte dos seguintes concorrentes:

CONCORRENTES		VALOR DA PROPOSTA
1	Lena Engenharia e Construções, Ld. <sup>a</sup>	14 319 000,00€
2	CONDURIL - ENGENHARIA, S.A.	12 819 952,00€
3	CONSTRUTORA DO TÂMEGA MADEIRA, S.A. e Construtora do Tâmega, S.A.	13 404 000,00€
4	AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A. e Zagope – Construções e Engenharia, S.A.	13 300 005,87€
5	Alexandre Barbosa e Borges, S.A.	12 796 488,91€
6	Tecnovia - Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.	13 550 000,00€

- g) Nesta sede, o júri do concurso propôs a exclusão das seguintes propostas:

CONCORRENTES		VALOR DA PROPOSTA
1	Lena Engenharia e Construções, Ld. <sup>a</sup>	14 319 000,00€
2	CONDURIL - ENGENHARIA, S.A.	12 819 952,00€
3	CONSTRUTORA DO TÂMEGA MADEIRA, S.A. e Construtora do Tâmega, S.A.	13 404 000,00€
5	Alexandre Barbosa e Borges, S.A.	12 796 488,91€

- h) As exclusões propostas assentaram nos seguintes fundamentos:

CONCORRENTES		FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO DA PROPOSTA
1	Lena Engenharia e Construções, Ld. <sup>a</sup>	Apresentação de uma proposta de valor superior ao do preço base do procedimento [alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º, e alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP]
2	CONDURIL - ENGENHARIA, S.A.	Incumprimento das afetações mínimas previstas nas peças procedimentais para o Diretor de Obra e para o Técnico Responsável pelo Sistema de Gestão de Segurança [alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º, e segunda parte da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP]
3	CONSTRUTORA DO TÂMEGA MADEIRA, S.A. e Construtora do Tâmega, S.A.	Não apresentação dos planos de mobilização de equipamento e de mão-de-obra com a distribuição exigida no programa do procedimento [alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º, e alínea c) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP]
5	Alexandre Barbosa e Borges, S.A.	Não indicação das folgas das atividades não críticas nos termos definidos no programa do procedimento [alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º, e alínea c) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP]

- i) Depois de aplicado o critério de adjudicação, as propostas ficaram ordenadas nos termos que abaixo se reproduzem, tendo o júri do concurso proposto a adjudicação da empreitada posta a concurso ao agrupamento concorrente formado pelas empresas AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A., e Zagope – Construções e Engenharia, S.A.:



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

CONCORRENTES		Ordenação Final
4	AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A. e Zagope – Construções e Engenharia, S.A.	1.º
6	Tecnovia - Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.	2.º

- j) Em sede de audiência prévia o concorrente Alexandre Barbosa e Borges, S.A., pronunciou-se contra a exclusão da respetiva proposta, não tendo as observações produzidas sido, no entanto, acolhidas pelo júri do concurso, que, no relatório final, elaborado em 14 de dezembro de 2011, manteve as propostas de exclusão e adjudicação previamente formuladas no relatório preliminar.
- k) Nesta sequência, o Conselho de Administração da RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., deliberou, por unanimidade, em reunião de 21 de dezembro, adjudicar a empreitada de reconstrução da ER 227 – Tabua ao agrupamento de empresas AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A., e Zagope – Construções e Engenharia, S.A., pelo valor de 13 300 005,87€ (s/IVA), e pelo prazo de 450 dias, prorrogável até ao limite de 1080 dias, tendo o respetivo contrato sido celebrado em 13 de agosto de 2012.
- l) No âmbito da verificação preliminar do correlativo processo, solicitou-se à RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., através do ofício com a ref.<sup>a</sup> UAT I/165, de 4 de setembro de 2012, que, no tocante ao modelo de avaliação das propostas fixado no ponto 11 do programa do concurso, assente no critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, explicitasse em que medida a determinação das condições de atribuição das menções quantitativas da escala valorativa estabelecida para os subfactores que compõem o fator “*Valia técnica da proposta*” (em que foram adotadas expressões vagas e indeterminadas tais como “*adequado*”, “*parcialmente adequado*”, “*na generalidade coerentes*” e “*insuficiente*”) observou a disciplina normativa ínsita nos art.<sup>os</sup> 132.º, n.º 1, alínea n), in fine, e 139.º, n.ºs 2 a 5, do CCP.
- m) Relativamente a esta matéria, a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., alegou, em síntese, no seu ofício n.º 1296, de 13 de setembro de 2012, que “[o] modelo de avaliação das propostas” “fixado na cláusula 11 do Programa de Concurso” “atende à disciplina normativa imposta no fim da alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º e nos n.ºs 2, 3 e 5 do artigo 139.º do CCP”, e “explicita os fatores e subfactores submetidos à concorrência, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação, as expressões matemáticas, as escalas de pontuação e os conjuntos ordenados dos diferentes atributos, referentes aos aspetos de execução do contrato submetidos à concorrência”, salientando que “os subfactores e suas escalas de pontuações foram estruturados e articulados de forma a serem coerentes e complementares entre si, permitindo a simples perceção e aplicação” e que, “à exceção do seu subfactor «Caminho crítico da atividades do Plano de trabalhos», todos os subfactores são avaliados de forma qualitativa através de um juízo de comparação”.

Em concretização deste posicionamento, aí defendeu a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., que:

*“[A] empreitada objeto do presente concurso, engloba a execução de um vasto conjunto de trabalhos/atividades, cuja realização constitui um ainda maior conjunto de soluções e opções dos concorrentes, que são de todo impossíveis de prever pela entidade adjudicante. Como tal, ao elaborar um Caderno de Encargos, que inclui um Projeto de Execução que, por sua vez, define a natureza e especificidade dos trabalhos a executar, o Dono da Obra está ciente, que cada proposta apresentará um vasto conjunto de soluções/opções não limitados pelo Caderno de Encargos. E assim não poderia deixar de ser. Cada concorrente adequa a execução do objeto do contrato de empreitada, aos recursos que possui ou consegue agregar (com recurso ao agrupamento de empresas ou subcontratação), tanto em materiais como em recursos humanos.*”

Ao decidir contratar, a entidade adjudicante está ciente que em sede de análise de propostas, surgirá um vasto conjunto de Planos de Trabalho, de Planos de Mobilização de equipamento e de Mão-de-obra e de Memória Descritivas e Justificativas, que apresentam as diferentes opções dos concorrentes, tendo em vista a concretização do objeto do contrato. Efetivamente, as propostas seguirão caminhos distintos, dentro do leque de abertura permitido pelo Caderno de Encargos, admitindo-se um conjunto de opções para os vários atributos das propostas que dependem das opções tomadas pelos concorrentes e que se refletem na elaboração dos Planos de Trabalho, dos Planos de Mobilização de equipamento e de Mão-de-obra e das Memórias Descritivas e Justificativas, visando a concretização do objeto final”, pelo que “a avaliação dos atributos que dependem daqueles elementos da proposta, deverá ser qualitativa e não quantitativa”, não se podendo “valorar justamente, através de «expressão matemática», clara e objetiva, o conteúdo de um Plano de Trabalhos, de um Plano de Mobilização de Equipamento ou de Mão-de-obra ou de uma Memória Descritiva e Justificativa”, sendo “nesta ótica que surgem as expressões «adequado», «parcialmente adequado», «na generalidade coerentes» e «insuficiente».

(...). Na avaliação são da maior importância os aspetos relativos à fundamentação da avaliação, quer nas dimensões vinculadas que esta integra, quer nas dimensões em que a lei admite a existência de uma margem discricionária para a atuação administrativa.

Assim, tudo o que acima no n.º 1 constitui aspetos vinculados na definição do modelo de avaliação que depois se traduzem em momentos juridicamente vinculados da própria avaliação: Isto é: na avaliação tem de ser observado o modelo estabelecido: a avaliação tem de usar os fatores e subfatores consagrados, partindo dos elementos, usando as escalas de pontuação consagradas, os coeficientes de ponderação estabelecidos, as fórmulas matemáticas adotadas (...).

Mas é conforme ao Direito a consagração de instrumentos de avaliação que façam apelo à intervenção de uma margem de discricionariedade – não de arbitrariedade – da Administração. São instrumentos de avaliação, num espaço apreciativo que lhe é próprio, desde que respeitados os princípios fundamentais da contratação pública e da atuação administrativa – designadamente os da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé – e regras básicas como, por exemplo, as relativas à competência dos órgãos administrativos, e o respeito pelas finalidades públicas que se prosseguem.

Respeitados que sejam estes princípios e regras básicas, deve afirmar-se que os demais domínios da apreciação valorativa da Administração, nas dimensões discricionárias da avaliação, estão retirados do âmbito da apreciação judicial”, donde, “[s]eja nos aspetos vinculados, seja nos aspetos discricionários da avaliação, o que é essencial é que em ambos se cumpra a lei e que as posições da Administração sejam fundamentadas. (...).”

- n) A RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., foi ainda instada, através do Despacho n.º 32/FP/2012, de 17 de outubro, a pronunciar-se sobre a exigência feita no programa do procedimento [cfr. a alínea k) do ponto 13.1] relativamente às habilitações técnicas exigidas para a realização da empreitada, já que ali se aludiu à detenção de alvará de construção com autorização de empreiteiro geral de obras rodoviárias na classe correspondente ao valor da proposta, sem que essa indicação constasse em alternativa à posse de uma subcategoria específica em classe que cobrisse o valor global da obra, em consonância com a disciplina normativa emanada do artigo 31.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

- o) Quanto a este aspeto, veio aquela empresa reconhecer, no seu ofício n.º 1495, de 29 de outubro de 2012, ter ocorrido uma “divergência entre o solicitado na alínea k) do ponto 13.1 do Programa de Concurso e o regime constante do artigo 31.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro, de acordo com a interpretação daquela norma consagrada na jurisprudência do Tribunal de Contas”, porquanto, “em vez de «Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de Obras Rodoviárias, na classe correspondente ao valor da proposta», deveria ter sido exigida a 1.ª subcategoria da 2.ª categoria na classe correspondente ao valor da proposta”.

Mais justificou que “[e]sta constatação provoca algum constrangimento à RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., já que esta Empresa tem pautado a sua atuação pelo cumprimento e respeito do princípio da legalidade, diligenciando no sentido de suprir e evitar a ocorrência de violações ao mesmo”, evidenciada no “grau de acatamento das recomendações” que lhe foram dirigidas “pelo Tribunal de Contas”, em matéria diversa, chamando especificamente a atenção para o facto de que, apesar da ocorrência do erro assinalado, terem existido “12 (doze) empresas que adquiriam as peças do concurso, manifestando interesse no mesmo, das quais 7 (sete) apresentaram proposta”.

Segundo a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., “[n]o caso em apreço, verificou-se, por análise dos alvarás de construção detidos em 2011 (...), que todas (à exceção da Tecnaço – Técnicos de Construção, S.A. (...)) as empresas que compraram as peças de concurso e não apresentaram proposta estavam devidamente habilitadas para apresentar proposta autonomamente, pois eram à data detentoras das habilitações exigidas, ainda que erradamente, a saber «Empreiteiro Geral ou Construtor de Obra Rodoviárias: na classe correspondente ao valor da proposta» (que no caso presente seria a máxima, a classe 9). Caso tivesse sido pedida a 1.ª subcategoria da 2.ª categoria na classe correspondente ao valor da proposta, estariam de igual forma habilitadas, conforme se afere pela análise dos respetivos alvarás”.

“[A] a exceção seria”, assim, “a Tecnaço – Técnicos de Construção, S.A., pois esta empresa não estaria habilitada, à data, para apresentar proposta, uma vez que não era detentora de alvará com a autorização de “Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de Obras Rodoviárias” (como pedido no programa de concurso) nem da 1.ª subcategoria da 2.ª categoria (como deveria ter sido exigido) (...). Caso pretendesse apresentar proposta, necessitaria de agrupar-se com outra(s) empresa(s), devidamente habilitada, ao abrigo do disposto no artigo 54.º do Código dos Contratos Públicos”.

Por consequência, considera a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., ficar “demonstrado que, neste caso, não se verificou umnexo de causalidade entre o modo como foram exigidas no programa de concurso as habilitações técnicas e a não apresentação de proposta por parte daquelas empresas”, termos em que “o erro ora detetado não terá levado no caso em apreço a uma alteração do resultado financeiro, porquanto se demonstrou ter prevalecido o princípio da concorrência”.

E conclui solicitando que, “[c]aso assim não seja entendido, considerando que a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A. agiu de boa fé e nunca foi objeto de recomendações sobre esta questão (...), acrescido do facto de tratar-se de um empreendimento que visa a reposição das condições de segurança e operacionalidade de um troço viário marginal à Ribeira da Tabua e com financiamento assegurado pela Lei Orgânica n.º 2/2012, de 16 de junho (Lei de Meios)”, “no presente processo, opere a possibilidade contida no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto”.

## II - O DIREITO

Da factualidade tida por assente nos presentes autos sobressaem duas questões de legalidade que se refletem no ato de adjudicação da empreitada em referência e, por essa via, no contrato que agora se aprecia:

1. A primeira das questões assinaladas remete-nos para o campo de aplicação do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro<sup>1</sup>, que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção, e que na alínea j) do seu artigo 3.º define “alvará” como o documento “*que relaciona todas as habilitações detidas por uma empresa*”.

A esta noção está subjacente o princípio de que as obras públicas e a construção civil em geral devem, como regra, ser executadas por industriais que preencham requisitos de idoneidade moral, de capacidade técnica, económica e financeira e de formação ou experiência profissional, necessários à garantia da boa execução das obras, conforme sai reforçado do artigo 7.º deste diploma.

Significa isto que o exercício da atividade de empreiteiro ou construtor no mercado de obras públicas, com a consequente possibilidade de acesso ao procedimento em que se adjudique um ato ou contrato respeitante ao exercício dessa atividade, está dependente de os interessados disporem de um título comprovativo do reconhecimento público da sua capacidade e idoneidade para atuarem nessa área, que apresenta um período de validade em princípio coincidente com o ano civil.

No âmbito deste diploma, e em termos mais específicos, determinava o seu artigo 31.º, com a epígrafe “*Exigibilidade e verificação das habilitações*”, na redação anterior à alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de junho<sup>2</sup>, que:

*“1 - Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.*

*2 - A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior”.*

Esta exigência prendia-se, e continua a prender-se, com a necessidade de assegurar uma efetiva concorrência no setor das obras públicas, possibilitando a abertura do mercado a um maior leque de empresas.

As regras inseridas no programa do procedimento devem compatibilizar-se com o disposto nas normas legais e regulamentares injuntivas que enquadram a formação do contrato de empreitada de obra pública, pois é através delas que os interessados ficam a saber os

---

<sup>1</sup> Entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de junho.

<sup>2</sup> Na redação dada por aquela alteração, que não viu o respetivo sentido e alcance substancialmente modificados, na medida em que aí passou a consagrar-se que:

*“1 - Nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas e de licenciamento municipal ou de comunicação prévia de operações urbanísticas, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.*

*2 - A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior”.*



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

termos a que obedece o respetivo procedimento, designadamente as condições estabelecidas para admissão dos concorrentes.

Daí que se considere que o requisito habilitacional contido na alínea k) do ponto 13.1 do programa do concurso ofende a normas do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 relativamente às autorizações do alvará necessárias para a realização da obra posta a concurso, que só pode exigir uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra a executar, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo.

Centrando-nos na situação vertente, constata-se que o dono da obra, na alínea k) do ponto 13.1 do programa do procedimento, limitou o universo destinatário do procedimento aos titulares de alvará com as seguintes autorizações:

- Empreiteiro Geral de Obras Rodoviárias, na classe correspondente ao valor da proposta;
- 1.ª Subcategoria (Obras fluviais e aproveitamentos hidráulicos) e 5.ª Subcategoria (Dragagens) da 3.ª Categoria (Obras Hidráulicas); 1.ª Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 4.ª Categoria (Instalações elétricas e mecânicas); 1.ª Subcategoria (Demolições), 2.ª Subcategoria (Movimentação de terras) e 6.ª Subcategoria (Paredes de contenção e ancoragens) da 5.ª Categoria (Outros trabalhos), nas classes correspondentes à parte dos trabalhos a que respeitam.

Apesar de a própria RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., ter reconhecido que a exigência da titularidade de alvará de construção com a autorização de “*Empreiteiro Geral de Obras Rodoviárias*” resultou de um lapso, não pode deixar de concluir-se que a mesma colide com a disciplina instituída pelo n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, ao ter deixado fora do universo de interessados no procedimento eventuais empreiteiros habilitados nos termos daquela norma.

Com efeito, e em conformidade com a linha jurisprudencial seguida pelo Tribunal de Contas, é ponto assente que o n.º 1 do citado artigo 31.º fornece o critério legal que deve nortear a atuação do dono da obra no lançamento de uma empreitada, não cabendo a este último a decisão de usar indistintamente o n.º 1 e o n.º 2 daquele preceito, em função do circunstancialismo da obra concreta, isto sem embargo de, se ao procedimento concorrer um empreiteiro geral ou construtor geral com habilitação adequada ao valor da obra e em classe que cubra o seu valor global, ser, em concreto, dispensada a primeira daquelas exigências.

Daqui resulta que, nos procedimentos de formação de contratos de obras públicas, a entidade adjudicante só pode exigir, no que concerne às autorizações do alvará do empreiteiro que pretenda contratar com o Estado ou com outras entidades adjudicantes, uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra a executar, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, ficando ainda com a faculdade de, em relação aos demais trabalhos da empreitada posta a concurso, solicitar a posse de outras subcategorias na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem.

Neste particular não colhe, pois, a argumentação sustentada pela RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., de que, com uma única exceção, todas as entidades que adquiriram as peças do procedimento eram detentoras de alvará de construção com as autorizações legalmente exigidas, isto porquanto a empresa que não dispunha de título profissional bastante para executar a empreitada poderia, ainda assim, ter-se apresentado ao procedimento em agrupamento com outra ou outras entidades que se encontrassem devidamente habilitadas para o efeito, tal como admitem os artigos 54.º, n.º 1 do CCP, e 26.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 12/2004.

Para além do mais, e também contrariamente à ideia que a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., pretendeu defender, o acesso às peças do concurso não ficou limitado às empresas que foram identificadas, já que, nos termos emergentes do artigo 133.º, n.ºs 1, 2 e 5, do CCP, e tal como sustenta Mário Esteves de Oliveira<sup>3</sup>, tais documentos poderão ter sido objeto de consulta por eventuais interessados que dispunham das habilitações técnicas efetivamente necessárias à execução do contrato e que acabaram por não solicitar a sua aquisição à entidade adjudicante.

Ao ter funcionado como um potencial fator inibidor da concorrência que o legislador quis fomentar ao editar o n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, a exigência formulada é passível de ter condicionado o acesso ao concurso, o que terá tido reflexos negativos ao nível da prossecução do interesse público, já que, quanto maior for o número de propostas contratuais recebidas, maiores são as possibilidades de escolha da entidade adjudicante.

Do ponto de vista das consequências jurídicas, a inobservância do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, consubstanciada no vício de violação de lei, determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, ao abrigo do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, sanção essa que se transmite ao contrato *sub judice*, pro força do preconizado no n.º 2 do artigo 283.º do CCP.

2. A segunda questão de legalidade que o processo em apreço suscita prende-se, por sua vez, com o modelo de avaliação que desenvolveu o critério de adjudicação consagrado no ponto 11. do programa do procedimento, e que cumpre analisar com base no regime jurídico aprovado pelo CCP, e deriva do facto de esse modelo não ter observado, na sua plenitude, os termos do artigo 132.º, n.º 1, alínea n), *in fine*, do CCP, o qual 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 subfactores 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 subfactores 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”, assim como o disposto no artigo 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do mesmo diploma.

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

Todavia, o citado ponto 11. do programa do procedimento não acolhe integralmente as exigências que a lei traça em relação ao modelo de avaliação das propostas, isto porquanto, para efeitos de atribuição das pontuações parciais definidas para os subfactores em que foi decomposto o fator *Valia técnica das propostas*, consubstanciados no “Nível de desagregação das atividades do Plano de Trabalhos”, na “Lógica da sequência construtiva e faseamento das atividades do Plano de Trabalhos”, na “Adequação do Plano de Mobilização de Mão-de-Obra e Equipamento com o gráfico de Gantt”, na “Memória Justificativa e Descritiva da proposta” e na “Compatibilização do Plano de Pagamentos com o Plano de Trabalhos e com o Caderno de Encargos”, a RAMEDM - Estradas da Madeira,

---

<sup>3</sup> E Rodrigo Esteves de Oliveira, *in Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, págs. 289, 290 e 293.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

S.A., adotou expressões vagas e indeterminadas, tais como “adequado”, “parcialmente adequado”, “na generalidade coerentes” e “insuficiente”.

Neste domínio, o legislador procura garantir que a elaboração do modelo de avaliação das propostas se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do artigo 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro).

Daí a escolha do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa impor que a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedeça aos termos das disposições acima invocadas do CCP.

Assim sendo, embora se reconheça que a entidade adjudicante dispõe de uma margem de discricionariedade no que concerne à escolha do critério de adjudicação e dos respetivos fatores e eventuais subfactores e suas ponderações, tal margem de livre apreciação não pode pôr em causa a transparência dessa atuação, pelo que esta Secção Regional do Tribunal de Contas tem vindo a sufragar o entendimento de que a disciplina ínsita aos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP, exige e pressupõe que a definição do conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permite a atribuição das pontuações parciais deve ser suficientemente clara e objetiva, de molde a reduzir a subjetividade ao nível da análise das propostas, assegurando, nessa medida, uma efetiva comparabilidade entre elas, sob pena de serem postos em causa os princípios enformadores da contratação pública.

Ora, na situação vertente, a conclusão que se pode formular acerca do modelo de avaliação definido pela RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., é a de que os paradigmas de referência adotados são demasiado vagos e genéricos, e não abonam a favor de uma avaliação objetiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, uma densificação ou determinação minimamente objetiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação, o que, em abstrato, criou condições para a entidade adjudicante poder escolher quem mais lhe interessasse e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos.

Quer isto dizer que, em concreto, faltou definir previamente, de forma suficientemente clara, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitissem a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, em sintonia, designadamente, com o disposto na norma do n.º 5 do artigo 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 artigo 139.º.

Esta insuficiente definição dos atributos que estiveram na base da atribuição da pontuação parciais impediu que ficasse devidamente explícito o trajeto seguido pelo júri do concurso para fazer corresponder à proposta do agrupamento concorrente formado pelas empresas AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A., e Zagope – Construções e Engenharia, S.A., nos subfactores “Nível de desagregação das atividades do Plano de Trabalhos”, “Lógica da sequência construtiva e faseamento das atividades do Plano de Trabalhos”, “Adequação do Plano de Mobilização de Mão-de-Obra e Equipamento com o gráfico de Gantt”, “Memória Justificativa e Descritiva da proposta” e “Compatibilização do Plano de Pagamentos com o Plano de Trabalhos e com o Caderno de Encargos”, em que foi densificado o fator *Valia técnica das propostas*, as pontuações que efetivamente lhe foram atribuídas, com remissão apenas para as expressões vagas e indefinidas acima

mencionadas, 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, no caso a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., 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 subjaz aos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP, cuja inobservância determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do artigo 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato, nos termos do n.º 2 do artigo 283.º do CCP.

3. As ilegalidades evidenciadas nos antecedentes pontos 1. e 2. mostram-se suscetíveis de ter alterado o resultado financeiro do contrato de empreitada em apreciação, constituindo fundamento para a recusa do visto, no quadro da previsão da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, na medida em que, pelo menos em termos abstratos, afastaram do procedimento adjudicatório eventuais interessados em contratar, impedindo a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., de receber outras propostas porventura mais vantajosas do que a escolhida.

Neste domínio, importa, no entanto, ter presente que a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., ainda não foi objeto de qualquer recomendação relativamente às ilegalidades aqui detetadas, e ainda que não ficou demonstrado que as ilegalidades assinaladas funcionaram efetivamente como um óbice a uma maior concorrência, pelo que se afigura adequado que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar àquela empresa, caso venha a desencadear novos concursos públicos tendentes à contratação de empreitadas, que evite a sua prática.

### III – Decisão

Pelo exposto, este Tribunal decide, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato *sub judice*, com a recomendação à RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., de que, na hipótese de a mesma ainda vir a promover novos procedimentos concursais, respeite escrupulosamente a disciplina jurídica emanada do artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro, no que respeita à exigência de alvará, e dos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP, indicando corretamente as habilitações técnicas exigidas aos concorrentes e explicitando, em concreto e o mais objetivamente possível, 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 13 300,00€.

Notifique-se o Senhor Presidente do Conselho de Administração da RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet*, e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 5 de novembro de 2012.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

**O JUIZ CONSELHEIRO, que presidiu por videoconferência**

*(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)*