



[Handwritten signature]
Maff
R

DECISÃO N.º 4/FP/2014

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 18 de junho de 2014, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada da *“obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça”*, outorgado, em 24 de abril de 2014, entre o Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E. (SESARAM, E.P.E.), e a firma *Tecnovia Madeira - Sociedade de Empreitadas, S.A. (Tecnovia, S.A.)*, pelo preço de 1 385 000,00€ (s/IVA).

I - OS FACTOS

Com interesse para a decisão a proferir, sobressai do processo em apreço a seguinte matéria de facto:

- Em reunião de 21 de janeiro de 2014, o Conselho de Administração do SESARAM, E.P.E., deliberou, por unanimidade, proceder à abertura de um concurso limitado por prévia qualificação para a adjudicação da *“obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça”*, tendo por base o vertido nas Comunicações Internas com as ref.^{as} CI_03_14 e CI_03a_14, de 21 de janeiro último, e que compreendiam em anexo o *“Projeto de Execução, a proposta de preço base, critérios de adjudicação, alvará ou título de registo e comissão de análise”*.
- Essa obra, nos termos da aludida Comunicação Interna CI_03a_14, visava *“resolver o problema dos resíduos hospitalares”* através da *“execução de um edifício para instalação de um método de tratamento químico designado por micro-ondas, que através de ondas electromagnéticas com frequências entre as ondas de rádio e as ondas infravermelhas aquece os resíduos a uma temperatura na ordem dos 100.ºC, durante um período determinado, resultando na descontaminação dos resíduos, através da destruição dos microrganismos. Esta tecnologia de tratamento é alternativa e das mais recentes no tratamento de resíduos hospitalares, que após tratar os resíduos, os mesmos são equiparados a resíduos sólidos urbanos. A proposta de instalar a central de tratamento de resíduos hospitalares no Hospital Dr. Nélio Mendonça, tem por objetivo reduzir os custos financeiros com a gestão de resíduos hospitalares e facilitar a logística inerente ao acondicionamento e transporte dos mesmos”*.

Da mesma Comunicação Interna ressaltava ainda que o tipo de procedimento apresentado era uma mera proposta e que teve por base *“a complexidade das obras de natureza hospitalar”* e *“a necessidade da existência de procedimentos quer ao nível de segurança quer ao nível de higiene em meio laboral em obras hospitalares, que só se adquire com experiência anterior em obras já realizadas da mesma natureza”*.

- O preço base do concurso limitado por prévia qualificação assim autorizado foi fixado em 1 450 000,00€, com exclusão do IVA, e o prazo de execução da mesma em 540 dias, tendo o respetivo aviso de abertura sido publicado no Diário da República, II Série, Parte L, n.º 17, de 24 de janeiro de 2014.
- De acordo com a cláusula 6.ª, n.º 1, do programa do procedimento, que replica, para o que agora releva, o proposto na *retro* identificada Comunicação Interna com a ref.ª CI_03a_14, os candidatos deviam possuir os seguintes requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica:

- a) Ter iniciado, concluído ou em execução empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, cujo somatório seja de montante igual ou superior a € 20.000.000 (vinte milhões de euros) ou, em alternativa, 2 (duas) empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, em que pelo menos 1 (uma) seja de valor superior a € 6.000.000,00 (seis milhões de euros) e, no seu conjunto, tenham um valor somado superior a € 9.000.000 euros, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;
- b) Afetar à obra objeto do presente procedimento um diretor da obra que seja Engenheiro Civil ou Engenheiro Técnico Civil, residente na Região Autónoma de Madeira, com experiência mínima cumulativa de 10 (dez) anos em direção de obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 5 (cinco) anos, em empreitadas cujo montante somado seja igual ou superior a € 20.000.000 (vinte milhões de euros) ou, em alternativa, 2 (duas) empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, em que pelo menos 1 (uma) seja de valor superior a € 6.000.000,00 (seis milhões de euros) e, no seu conjunto, tenham um valor somado superior a € 9.000.000 euros, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;
- c) Afetar à obra objeto do presente procedimento um Técnico Superior de Segurança e Saúde no Trabalho, residente na Região Autónoma de Madeira, que possua o grau de licenciado em Saúde Ambiental, com a experiência mínima cumulativa de 5 (cinco) anos em obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto gestor de segurança, nos últimos 5 (cinco) anos, em empreitadas cujo montante somado seja igual ou superior a € 20.000.000 (vinte milhões de euros) ou, em alternativa, 2 (duas) empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, em que, pelo menos uma, seja de valor superior a € 6.000.000,00 (seis milhões de euros) e, no seu conjunto, tenham um valor somado superior a € 9.000.000 euros, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;
- d) Afetar à obra objeto do presente procedimento um Engenheiro Eletromecânico, que possua a experiência mínima cumulativa de (10) dez anos em obra, tendo participado ou esteja a participar como Engenheiro Eletromecânico, nos últimos 3 (três) anos, em pelo menos 1 (uma) empreitada de montante igual ou superior a € 6.000.000 (seis milhões de euros), referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;
- e) Afetar à obra objeto do presente procedimento um encarregado geral, residente na Região Autónoma de Madeira, que possua a experiência mínima cumulativa de 10 (dez) anos, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 3 (três) anos, em pelo menos uma empreitada de montante igual ou superior a € 6.000.000 (seis milhões de euros), referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;
- f) Afetar à obra objeto do presente procedimento um Engenheiro Mecânico, que possua o grau de licenciado, com a experiência profissional mínima de 10 (dez) anos em atividade ligada às Obras Públicas e inscrito na Ordem dos Engenheiros com o Grau de Membro Sénior;
- g) O diretor de obra e o encarregado geral deverão ser membros dos quadros da empresa candidata;
- h) Possuir certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão de Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008;
- (...)"
- A cláusula 7.ª do programa do procedimento definia que o requisito mínimo e obrigatório para aferição da capacidade financeira dos candidatos traduzia-se na posse de uma média aritmética do volume de negócios dos últimos três exercícios económicos (2010,



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

L E
Muff

2011 e 2012) superior a 20 000 000,00€, sendo que a verificação desse requisito resultaria da expressão matemática constante no Anexo IV do Código dos Contratos Públicos (CCP), e que se passa a transcrever:

$$V \times t \leq R \times f$$

Em que:

V – O valor económico estimado do contrato (EUR 1.450.000,00), definido na cláusula 20.^a do presente Programa do Procedimento;

t – A taxa de juro Euribor, a seis meses, acrescida de duzentos pontos base, divulgada no sítio do Banco de Portugal, à data da publicação do anúncio do presente concurso no Diário da República;

R – O valor médio dos resultados operacionais do candidato nos últimos três exercícios, 2010, 2011 e 2012, calculado com recurso à seguinte função:

$$R = \frac{\sum_{i=1}^{i=3} EBITDA (i)}{3}$$

Sendo:

EBITDA (i) – os proveitos operacionais deduzidos das reversões de amortizações e ajustamentos e dos custos operacionais, mas sem inclusão das amortizações, dos ajustamentos e das provisões, apresentados pelo candidato no exercício *i*:

- Sendo *i1*= 2010; *i2*= 2011 e *i3*= 2012.
- Para o cálculo do EBITDA dos exercícios até 2010 inclusive, será tido em conta os Proveitos e Ganhos Operacionais (campo A0133 da Declaração Anual IES) subtraídos dos Custos e Perdas Operacionais (campo A0112 do Anexo A da Declaração Anual IES), mas sem inclusão das amortizações, dos ajustamentos e das provisões (campos A0107, A0108, A0109 e A0132, também do Anexo A da Declaração Anual IES).
- Para o cálculo do EBITDA dos exercícios a partir de 2011 inclusive, será tido em conta o «Resultado antes de depreciações, gastos de financiamento e impostos», (campo A5017 do Anexo A da Declaração Anual IES), mas sem inclusão dos aumentos/reduções de justo valor e de provisões, e das perdas/reversões de imparidades (respetivamente os campos A5014, A5011, A5009, A5010; A5012 e A5013, também do Anexo A da Declaração Anual IES).

f = Factor estipulado para o presente procedimento, definido com o valor 1 (um).

Para efeitos do presente procedimento, considera-se preenchido o requisito mínimo de capacidade financeira pela apresentação de declaração bancária conforme o modelo constante do Anexo VI do Código dos Contratos Públicos ou, no caso de o candidato ser um agrupamento, um dos membros que o integram ser uma instituição de crédito que apresente documento comprovativo de que possui sede ou sucursal em Estado membro da União Europeia, emitido pela entidade que exerça a supervisão bancária nesse Estado (...).

- Nos termos da cláusula 21.^a do programa do procedimento, que acolheu, quase na íntegra, o articulado na mesma Comunicação Interna com a ref.^a CI_03a_14, foi adotado o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, “sendo a pontuação global de cada proposta obtida pelo resultado da soma das pontuações parciais obtidas nos seguintes fatores elementares, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação, conforme a fórmula seguinte:

$$PG = (0.7 \times Po) + (0.3 \times Pe)$$

PG – Pontuação Global de cada proposta

Po – Preço da obra

Pe – Prazo de execução.

| FATOR | COEFICIENTE DE PONDERAÇÃO |
|---------------------------|---------------------------|
| a) Prazo da obra (Po) | 0,70 |
| b) Prazo de execução (Pe) | 0,30 |

a) Fator preço da obra:

Serão atribuídas as pontuações entre os limites 0 (zero) e 10 (dez), de acordo com a fórmula seguinte:

$$\text{Pontuação}_i = \frac{(1.450.000,00\text{€} - P_i) \times 10}{1.450.000,00\text{€}}$$

Onde

Pontuação_i – é a pontuação do fator preço do concorrente i;

P_i – é o preço contratual da proposta do concorrente i;

b) Fator Prazo de Execução:

Este fator será avaliado através de uma grelha que permite atribuir uma pontuação, de 0 (zero) a 10 (dez) valores, a cada concorrente, conforme a escala de pontuação que se segue, onde Pe refere-se ao Prazo de execução:

- Pe menor ou igual a 440 (quatrocentos e quarenta) dias: 10 (dez) pontos;
- Pe entre 441 (quatrocentos e quarenta e um) e 470 (quatrocentos e setenta) dias, inclusive: 9 (nove) pontos;
- Pe entre 471 (quatrocentos e setenta e um) e 500 (quinhentos) dias, inclusive: 8 (oito) pontos;
- Pe entre 501 (quinhentos e um) e 540 (quinhentos e quarenta) dias, inclusive: 5 (cinco) pontos.

Em todos os cálculos a efetuar será utilizada uma aproximação de duas casas decimais.

Em caso de igualdade de pontuação global final e, após a aplicação do critério de adjudicação fixado, será dada preferência à proposta do concorrente que apresente o menor preço. Em caso de subsistência da igualdade será, então, seleccionada a proposta com o menor prazo de execução. Mantendo-se a igualdade, será seleccionada a proposta entregue em primeiro lugar”.

- No prazo legal conferido para a solicitação de esclarecimentos necessários à boa compreensão das peças do procedimento, a firma *Socicorreia, Engenharia Lda.*, solicitou ao júri que conduziu o presente concurso limitado por prévia qualificação, enquanto entidade com competência para tal¹, a clarificação do teor de diversas alíneas da acima transcrita cláusula 6.ª, a que aquele órgão *ad hoc* deu resposta na reunião acontecida a 3 de feve-

¹ Vide a cláusula 12.ª, n.º 1, do programa do procedimento.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

reiro de 2014, com exceção da que inquiriu sobre o motivo, “[u]ma vez que o valor base da obra é € 1.450.000,00 (...) e de dificuldade técnica não muito acentuada”, “para exigir requisitos de valores muito superiores (ex.: € 20.000.000,00 – alínea a), Cl. 6.ª)”, contrapondo que “(...) não corresponde a um esclarecimento para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 50.º do CCP, atendendo a que não versa sobre esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento (...)”.

- No mesmo domínio, a RIM – Construções Madeirenses Limitada, apresentou uma exposição onde, em suma, deixou sublinhado que, em seu entender, salvo a al. g) do n.º 1 da cláusula 6.ª, todas as restantes exigências formuladas no programa do procedimento que respeitam aos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, “são flagrantemente ilegais e violam os mais elementares princípios de direito administrativo, impondo-se a sua eliminação”.

“Por outro lado e quanto às exigências relativas à capacidade económico financeira, constantes da Cláusula 7.ª, também aqui se entende que, face ao concreto objecto do concurso em apreço, aparecem desproporcionadas as exigências efectuadas”.

Concluía requerendo que seja anulado “o presente procedimento ou, no mínimo” ordenada “a retirada das exigências legais contidas no n.º 1 das Cláusulas 6.ª e 7.ª, assim repondo a legalidade do procedimento”.

O júri, todavia, não se pronunciou sobre estas observações por considerar que não foi colocada uma única questão com vista a obter uma melhor compreensão e interpretação das peças, e “(...) não tendo sido pedidos esclarecimentos, não poderá (...) elaborar quaisquer respostas”².

- No mesmo dia 3 de fevereiro passado, o júri deliberou eliminar a exigência plasmada na al. h) do n.º 1 da referenciada cláusula 6.ª (posse de certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão de Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008) e, por consequência, o documento requerido na al. d) do n.º 2 da cláusula 8.ª (comprovativo de que o candidato possui certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão de Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008), alterações que não deram origem a qualquer prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas.
- Do relatório preliminar da fase de qualificação elaborado pelo júri do procedimento em 21 de fevereiro de 2014 extrai-se que foram apresentadas candidaturas pelas seguintes três empresas:

CANDIDATOS

- 1 SOCICORREIA – Engenharia Limitada
- 2 AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.
- 3 TECNOVIA MADEIRA – Sociedade de Empreitadas, S.A.

² Não satisfeita, em 4 de março de 2014, a RIM – Construções Madeirenses Limitada, intentou uma ação contenciosa pré-contratual, no âmbito do procedimento de formação de contratos, contra o SESARAM, E.P.E., com o objetivo de o Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal proceder à declaração da ilegalidade das normas constantes das als. a) a f), j), k), l) do n.º 1 da cláusula 6.ª e n.º 1 da cláusula 7.ª do programa do procedimento, à anulação de todos os atos posteriores à publicação do concurso no Diário da República, bem como a sua correta republicação, e à suspensão do procedimento até decisão da legalidade das referenciadas normas. Todavia, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, em 28 de abril de 2014, decidiu absolver da instância o SESARAM, E.P.E., com base na exceção dilatória consubstanciada na falta de legitimidade passiva por preterição de litisconsórcio necessário, em virtude de a ação não englobar a totalidade dos contrainteressados, impedindo que o Tribunal conhecesse do mérito da causa.

- Dessas candidaturas o júri propôs a exclusão das apresentadas pela *Socicorreia – Engenharia Limitada*, e pela *AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.*, e a qualificação da *Tecnovia, S.A.*, empresas que foram notificadas dessa deliberação no dia 24 de fevereiro, tendo-lhes sido indicado o dia 3 de março seguinte como data limite para que estas se pronunciassem em sede de audiência prévia.
- A exclusão das mencionadas candidaturas efetuou-se ao abrigo da al. l) do n.º 1 do art.º 184.º do CCP, porquanto o júri entendeu que os candidatos não preenchiam os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, na medida em que:

| CANDIDATOS | FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO DA PROPOSTA |
|---|---|
| 1 <i>SOCICORREIA – Engenharia Limitada</i> | Não cumpre com os requisitos exigidos nas als. a), b), c), d), e), f), do n.º 1, da cláusula 6.º, e n.º 1 da cláusula 7.ª, ambas do programa do procedimento |
| 2 <i>AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.</i> | Não cumpre com os requisitos exigidos nas al. a), b), c), d), e), f), do n.º 1, da cláusula 6.º, nem apresentou, na íntegra ou parcialmente, os documentos nos termos exigidos nas alíneas. b) e f), do n.º 2, da cláusula 8.ª, ambas do programa do procedimento |

- Porquanto não foram apresentadas quaisquer pronúncias até ao dia 3 de março³, o júri, no relatório final da fase de qualificação, de 5 de março, manteve as deliberações de exclusão e de qualificação enunciadas no relatório preliminar da fase de qualificação.
- Nesta sequência, o Conselho de Administração, na mesma data, deliberou aprovar o relatório final de qualificação, e convidar a *Tecnovia, S.A.*, a apresentar proposta para a execução da obra pública em apreço.
- Neste encadeamento, o único candidato qualificado apresentou a sua proposta e, em 9 de abril passado, o Conselho de Administração adjudicou a empreitada da “obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça” à *Tecnovia, S.A.*, pelo valor de 1 385 000,00€ (s/IVA), e pelo prazo de 499 dias, sendo que o correlativo termo foi outorgado em 24 de abril seguinte.
- O contrato da empreitada assim formalizado foi remetido à Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, para efeitos de sujeição a fiscalização prévia, na data da sua celebração, ao qual foi atribuído o n.º 35/2014.
- No âmbito da respetiva verificação preliminar, foi dirigido ao SESARAM, E.P.E., através do ofício com a ref.ª UAT I/117, de 14 de maio de 2014, um pedido de esclarecimentos, tendo sido designadamente solicitado àquela entidade que, no tocante aos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos fixados na cláusula 6.ª do programa do procedimento, evidenciasse em que medida a sua determinação observou a disciplina normativa ínsita no n.º 1 do art.º 165.º do CCP, nomeadamente no que tange à sua adequabilidade face à natureza dos trabalhos objeto do contrato em apreço, o mesmo sucedendo com o requisito mínimo e obrigatório de capacidade financeira dos candidatos, exigido na cláusula 7.ª, n.º 1, da citada peça do procedimento, traduzido na posse de uma média aritmética do volume de negócios dos últimos três exercícios económicos

³ A *Socicorreia, Engenharia Limitada*, apresentou uma pronúncia que foi rececionada no dia 6 de março, razão pela qual não foi considerada.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

superior a 20 000 000,00€, tendo presente que o preço contratual se queda em 1 385 000,00€.

- Ao que o SESARAM, E.P.E, alegou, em síntese, no seu ofício sob a ref.^a S.1411029, de 30 de maio, que “[o]s requisitos mínimos obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, fixado pela entidade adjudicante na cláusula 6.^a do programa de procedimento, têm acolhimento no n.º 1, do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, nomeadamente no que tange à sua adequabilidade face à natureza dos trabalhos objeto do contrato em apreço, como a seguir se demonstra:

1. *Em primeiro lugar (...) a prestação de cuidados de saúde é geradora de elevado volume de resíduos hospitalares perigosos.*
2. *Com as exigências estabelecidas ao nível da capacidade técnica a entidade adjudicante procura salvaguardar a boa execução da obra (...) dado que a mesma se reveste de grande complexidade.*
3. *(...) pois trata-se da construção de um edifício que se destina a instalação de sistema de tratamento por micro-ondas. (...)*

(...)

7. *Ciente destes fatos, não pode o SESARAM deixar de se acautelar, evitando estes riscos, exercendo o seu dever de prossecução do interesse público, sob pena de estar em causa a saúde pública e o ambiente, acautelados pelo tratamento de resíduos hospitalares por meio de micro-ondas, bem como todo o plano de remodelação do Hospital Dr. Nélio Mendonça, com o prejuízo daí emergente para os doentes e trabalhadores desta entidade.*

(...)

13. *Com os critérios definidos pretende-se que a obra seja gerida por uma equipa experiente e homogênea nas diferentes especialidades, daí o grau de exigência solicitada a todos os elementos afetos, totalmente coincidente e coerente com a complexidade da obra (...).*

- No que respeita à capacidade financeira, defendeu o SESARAM, E.P.E., que “(...) a mesma é adequada para garantir a regular execução do contrato em apreço e evitar que a empresa a contratar não tenha dificuldades financeiras e, assim, possa garantir a aludida execução.

Efetivamente, esta capacidade financeira está interligada com a capacidade técnica exigida, dado que para o candidato consiga cumprir a primeira tem de ter capacidade financeira para manter uma equipa com as características e experiência exigidas, que efetivamente tem custos avultados para as empresas”.

Em concretização deste posicionamento, invocou a doutrina perfilhada por Ana Gouveia Martins⁴, de que “(...) a capacidade financeira reporta-se à avaliação da aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais”, e a jurisprudência comunitária que concede uma “(...) margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinados a assegurar o cabal cumprimento do contrato⁵.”

⁴ *In Estudos da Contratação Pública I*, pág. 260.

⁵ Vide Acórdão TJ de 15.01.1986, relativo ao Proc. C- 27-29/86 – CEI e Bellini, *in Coletânea da jurisprudência*, 1987, pág. 03347.

Nesta mesma senda, socorreu-se o SESARAM, E.P.E., da posição sustentada pela *Sérvulo Correia e Associados*⁶, que considera “o prazo de execução do contrato” como “ (...) aspeto importante (...) na ponderação do grau de exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira para efeitos de qualificação”, e que, “[n]a verdade, fará mais sentido requerer uma capacidade financeira qualificada no caso de um contrato duradouro do que no caso de um contrato de curta duração (ou até execução instantânea)”.

- Foi, de igual modo, solicitado que se explicitasse em que categoria de obra se classifica a presente empreitada, em conformidade com o art.º 11.º da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho, tendo o SESARAM, E.P.E., informado que “(...) a edificação integra uma estrutura pré-esforçada, classificada nos termos do Anexo II da referida Portaria como «Estrutura de edificações: Com exigências especiais» e por sua vez classificada na Categoria III”.
- O SESARAM, E.P.E., foi instado, por último, a pronunciar-se por que motivo a eliminação, deliberada pelo júri a 3 de fevereiro de 2014, das cláusulas 6.ª, n.º 1, al. h), e 8.ª, n.º 1, al. d), do programa do procedimento, que se traduziram na modificação de aspetos fundamentais do procedimento, na medida em que aquelas disposições remetem para a demonstração da posse dos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, não conduziram à prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas, em obediência ao estabelecido no art.º 64.º, n.º 2, do CCP, ao que aquela entidade retorquiu que:

“(...) o Júri deliberou eliminar as alíneas h) do n.º 1 da cláusula 6.ª e d) do n.º 2 da cláusula 8.ª do Programa de Procedimento, por ter constatado que só por mero lapso tal requisito constava do referido Programa”. Alegou ainda que a retificação assim operada “(...) não veio acrescentar uma nova exigência. Pelo contrário, veio suprimir algo que era exigido o que, no entender do Júri, abonaria a favor dos eventuais candidatos.

E, por essa razão, o Júri considerou que tal retificação não consubstanciava uma alteração substancial às peças do procedimento não tendo, por conseguinte, prorrogado o prazo concedido para a entrega das candidaturas.

(...) não se alterou um aspeto fundamental das peças do procedimento, não houve uma alteração significativa que comprometesse os princípios da estabilidade das peças contratuais, da concorrência ou da proteção de confiança, termos em que não se impunha a prorrogação do prazo para a apresentação das candidaturas”.

II - O DIREITO

As questões suscitadas e que cumpre analisar reconduzem-se, em suma, em determinar:

- Se os requisitos mínimos e obrigatórios da capacidade técnica e da capacidade financeira dos candidatos, estabelecidos pela entidade adjudicante nas cláusulas 6.ª e 7.ª do programa do procedimento, têm acolhimento no vertido no art.º 165.º, n.ºs 1 e 2, do CCP, nomeadamente no que tange à sua adequabilidade face à natureza dos trabalhos da obra pública em apreço, clarificando-se, para esse efeito, designadamente, se os trabalhos objeto da presente empreitada, subsumíveis, na sua generalidade, na 1.ª Subcategoria da 1.ª Categoria da Classe 7 (edifícios e património construído), são enquadráveis na classificação de obra de categoria III⁷, com exigências especiais, de acordo com o previsto no Anexo II, da Portaria n.º 701-H/2008, e

⁶ In *Manual de Procedimentos Contratação Pública de Bens e Serviços*.

⁷ Obras cuja elaboração do projeto está condicionada relativamente às obras correntes, por alguns dos fatores descritos nas als. a) a f) do n.º 4 do art.º 11.º, a que alude a Portaria n.º 701-H/2008.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- Se a eliminação, pelo júri do procedimento, das cláusulas 6.^a, n.º 1, al. h), e 8.^a, n.º 1.º, al. d) do programa do procedimento, deliberadas a 3 de fevereiro de 2014, traduzidas na modificação de aspetos fundamentais do procedimento, porquanto tais disposições remetem para a demonstração da posse dos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, não determinariam a prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas, em obediência ao estabelecido no n.º 2 do art.º 64.º do CCP.

A) Dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira dos candidatos

A seleção de uma tipologia procedimental, no caso, o concurso limitado por prévia qualificação, vincula, desde logo, a entidade adjudicante às normas reguladoras desse tipo de procedimento, nomeadamente a obrigatoriedade de estabelecer no programa do concurso requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira para efeitos de qualificação dos candidatos [cfr. os art.ºs 164.º, n.º 1, al. h), e n.º 4, e 165.º, n.ºs 1, 2 e 3, do CCP], a aferir na devida fase, após a qual, no caso de estes preencherem os requisitos pré-definidos, são convidados a apresentar propostas.

Mas para além da vinculação procedimental, com inclusão de regras que impõem condutas obrigatórias, como as fixadas para a capacidade técnica - vd. o art.º 165.º, n.º 1, als. a) a e), do CCP, donde resulta que:

“1. Os requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:

- a) À experiência curricular dos candidatos;*
- b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;*
- c) Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direcção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade;*
- d) À capacidade dos candidatos adoptarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar;*
- e) À informação constante da base de dados do Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., relativa a empreiteiros, quando se tratar da formação de um contrato de empreitadas ou de concessão de obras públicas”,*

e para a capacidade financeira - vd. o art.º 165.º, n.º 2, do CCP, que ordena que esta se baseie, “*pelo menos, no requisito mínimo traduzido pela expressão matemática constante do anexo IV do presente Código e do qual faz parte integrante*”, estes normativos conferem à entidade adjudicante uma margem de autonomia na determinação daqueles requisitos de qualificação, pois a lei limita-se a exemplificar alguns dos critérios que podem ser considerados como requisitos mínimos da capacidade técnica, enquanto no que tange à capacidade financeira, permite que sejam indicados requisitos mínimos suplementares ao estabelecido no anexo IV do CCP.

Ou seja, dessas normas procedimentais resulta uma certa medida abstrata de discricionariedade na escolha dos critérios a presidir à avaliação da capacidade técnica e financeira dos potenciais candidatos a concurso, podendo ainda a entidade adjudicante dispor da faculdade de escolher que a qualificação se faça apenas em função da capacidade técnica ou da capacidade financeira [vd. o art.º 164., n.º 5, do CCP].

A1) Caracterização da empreitada

Antes de nos centrarmos na análise detalhada dos requisitos mínimos da capacidade técnica e financeira dos candidatos, importa proceder à caracterização da empreitada em referência, dada a sua interligação com a questão precedente.

A obra pública em apreço caracteriza-se pela construção de um edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça.

Ao candidato selecionado para apresentar convite foi exigida a titularidade de alvará contendo (vd. a cláusula 26.ª do programa do procedimento):

- A 1.ª Subcategoria da 1.ª Categoria (património construído), na classe correspondente ao valor da proposta;
- 2.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª e 8.ª Subcategoria da 1.ª Categoria (edifícios e património construído), na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem;
- 1.ª, 9.ª e 10.ª Subcategoria da 4.ª Categoria (instalações elétricas e mecânicas) na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem;
- 2.ª Subcategoria da 5.ª Categoria (outros trabalhos) na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem.

De acordo com a declaração do candidato, que acompanhou a proposta, com respeito pela cláusula 16.ª do programa do procedimento, o valor dos trabalhos a executar em cada uma das subcategorias é o seguinte:

| CATEGORIAS | SUBCATEGORIAS | CLASSE | VALOR DOS TRABALHOS |
|------------|---------------|--------|---------------------|
| 1.ª | 1.ª | 7 | 1 385 000,00€ |
| 2.ª | 1.ª | 6 | 86 143,71€ |
| 4.ª | 1.ª | 7 | 70 389,21€ |
| 5.ª | 1.ª | 7 | 169 154,76€ |
| 7.ª | 1.ª | 5 | 23 560,30€ |
| 8.ª | 1.ª | 4 | 77 989,76€ |
| | 4.ª | 4 | 160 288,39€ |
| 9.ª | 4.ª | 5 | 67 475,28€ |
| 10.ª | 4.ª | 5 | 24 369,43€ |
| 2.ª | 5.ª | 9 | 60.677,82€ |

O que, em termos percentuais, corresponde aos montantes identificados no quadro infra:

| SUBCATEGORIA | CATEGORIA | CLASSE | VALOR | VALOR PERCENTUAL |
|--------------|-----------|--------|---------------|------------------|
| 1.ª | 1.ª | 7 | 1 385 000,00€ | 100% |
| 2.ª | 1.ª | 6 | 86 143,71€ | 6,22% |
| 4.ª | 1.ª | 7 | 70 389,21€ | 5,08% |
| 5.ª | 1.ª | 7 | 169 154,76€ | 12,21% |
| 7.ª | 1.ª | 5 | 23 560,30€ | 1,70% |
| 8.ª | 1.ª | 4 | 77 989,76€ | 5,63% |
| 1.ª | 4.ª | 4 | 160 288,39€ | 11,57% |
| 9.ª | 4.ª | 5 | 67 475,28€ | 4,87% |
| 10.ª | 4.ª | 5 | 24 369,43€ | 1,76 |
| 2.ª | 5.ª | 9 | 60 677,82€ | 4,38% |



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Os elementos integrantes do processo permitem, por sua vez, constatar que a empreitada em apreço envolve a execução de trabalhos de estrutura de betão armado, estrutura metálica, alvenarias, revestimentos de pavimentos, rodapés, tetos, paredes, serralharias, vãos, equipamentos sanitários, pinturas, diversos arranjos exteriores, redes de abastecimentos de águas pluviais, abastecimento de rede de esgotos, instalações elétricas e de telecomunicações, ventilação e ar condicionado (AVAC), correspondendo a componente de maior expressão financeira à estrutura de betão armado, no montante de 496 142,86€.

Analisando a factualidade descrita à luz do quadro normativo aplicável, conclui-se que o objeto da presente empreitada consubstancia uma obra de construção, entendida esta como sendo a criação de uma nova edificação [nesse sentido, vd. a al. a) do art.º 2.º do DL n.º 555/99, de 16 de dezembro⁸, diploma que estabelece o regime jurídico da urbanização e edificação], a qual consubstancia “a actividade ou o resultado da construção, reconstrução, ampliação, alteração ou conservação de um imóvel destinado a utilização humana, bem como de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência” [vd. a al. b) do mesmo art.º 2.º].

É daí também possível apurar que os trabalhos enunciados reportam-se a processos construtivos em tudo semelhantes aos utilizados na construção de edifícios, o que explica que a 1.ª subcategoria da 1.ª categoria exigida (edifícios e património construído) permita abarcar a totalidade dos trabalhos da empreitada, tal como fica evidenciado na proposta da empresa Tecnovia, S.A..

Aliás, tal facto é corroborado pelo SESARAM, E.P.E., quando reconhece, relativamente à “(...) construção de um edifício para a instalação de sistema de tratamento de resíduos hospitalares (...)”, que a complexidade invocada não decorre da empreitada em questão mas, complementarmente, da instalação do micro-ondas, equipamento esse que, através da “ (...) utilização de ondas eletromagnéticas, com uma frequência entre as ondas radio e as ondas infravermelhas para aquecer os resíduos hospitalares a uma temperatura de 100.ºc, durante um determinado período (...) ” promove a “(...) descontaminação dos resíduos através da destruição dos micro organismos”.

Por outro lado, afigura-se que a execução do “(...) edifício (...) em parte sobre um túnel rodoviário, num talude de forte inclinação, face à orografia local (...) necessário a execução de cimbra ao solo para permitir a execução da cofragem, colocação de armaduras e respetiva betonagem, dado o edifício incorporar pilares centrais de grandes dimensões que dão apoio a vigas salientes balançadas e pré-esforçadas (...)”, não constitui igualmente fundamento bastante para conferir complexidade aos trabalhos da empreitada propriamente dita, que aparentam ser destacáveis e autónomos da instalação do micro-ondas destinado à eliminação dos resíduos hospitalares.

Ademais, e contrariamente ao que é advogado pelo SESARAM, E.P.E., face à descrição dos trabalhos a realizar, a obra não é tida por subsumível na categoria III, em que têm enquadramento as obras cujo projeto de execução está condicionado, quanto à sua elaboração e relativamente às obras correntes, por algum dos fatores descritos nas als. a) a f) do n.º 4 do art.º 11.º da Portaria n.º 701-H/2008, designadamente:

“a) Concepção fundamentada em programas funcionais com exigências especiais;

⁸ Retificado pela Declaração de Retificação n.º 5-B/2000, de 29 de fevereiro, e alterado pelo DL n.º 177/2001, de 4 de junho, pelas Leis n.ºs 15/2002, de 22 de fevereiro, 4-A/2003, de 19 de fevereiro, 5/2004, de 10 de fevereiro, pelo DL n.º 157/2006, de 8 de agosto, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de setembro, pelos DL n.ºs 18/2008, de 29 de janeiro, 116/2008, de 4 de julho, 26/2010, de 30 de março, pela Lei n.º 28/2010, de 2 de setembro, e pelo DL 266-B/2012, de 31 de dezembro.

- b) *Instalações técnicas que, pela sua complexidade, tornem necessário o estudo de soluções pouco correntes que exijam soluções elaboradas de compatibilização com as diferentes partes componentes da obra;*
- c) *Obrigatoriedade de pesquisa de várias soluções que conduzam a novos sistemas e métodos e à aplicação de materiais e elementos de construção diferentes das correntes na prática respectiva.*
- d) *Integração num contexto natural ou construído que determine exigências relevantes, correspondentes a, designadamente, aspectos relacionados com contextos ambientais ou visuais de excepção, históricos;*
- e) *Obrigaçãõ especial de inovação técnica ou artística do programa;*
- f) *Obrigatoriedade de pesquisa de soluções que garantam uma contenção de custos particularmente reduzidos”.*

Acresce ainda que o projeto de execução foi elaborado por técnicos do SESARAM, E.P.E., não tendo o mesmo sido objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do seu autor, isto quando a prática aponta para que, em obras públicas de complexidade técnica elevada, as entidades públicas recorram à aquisição de serviços para a elaboração do programa e projeto de execução.

Neste cenário, não pode senão concluir-se que o contrato de empreitada que ora se aprecia tem na sua essência a execução de trabalhos que não envolvem uma especial complexidade técnica, pelo que se questiona a rigidez dos requisitos mínimos obrigatórios da capacidade técnica e da capacidade financeira, estabelecidos pelo dono da obra para a sua realização.

A2) Da capacidade técnica

Ora, é ponto assente que o programa do procedimento corporiza o regulamento que define os termos a que deve obedecer a fase de formação do contrato [cfr. o art.º 41.º do CCP] o qual, no caso do concurso limitado por prévia qualificação, deve conter os requisitos mínimos de capacidade técnica que os candidatos devem preencher [art.º 164.º, n.º 1, al. h), e 165.º, n.º 1, do CCP], requisitos esses a aferir na fase de qualificação (art.ºs 184.º e ss. do mesmo diploma).

O art.º 165.º, n.º 1, do mesmo Código, consagra, conforme foi já salientado no ponto II. A), que os “(...) requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:

- a) *À experiência curricular dos candidatos;*
- b) *Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;*
- c) *Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade;*
- d) *À capacidade dos candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar;*
- e) *À informação constante da base de dados do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., relativa a empreiteiros, quando se tratar da formação de um contrato de empreitadas ou de concessão de obras públicas”.*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Da análise comparativa entre os requisitos técnicos definidos pelo SESARAM, E.P.E., e o que é legalmente admissível, afigura-se existir uma disparidade, fundada na desadequação e desproporção face ao fim que se pretende alcançar.

Pese embora a lei confira à entidade adjudicante liberdade na fixação dos requisitos mínimos da capacidade técnica dos potenciais candidatos ao procedimento, temos que tal liberdade se mostra, desde logo, limitada pelos princípios reguladores da contratação pública, nomeadamente o da concorrência e o da proporcionalidade.

Nessa medida, a natureza das obrigações emergentes do contrato surge como um fator determinante na ponderação da adequação, indispensabilidade e razoabilidade dos critérios de averiguação da capacidade mínima dos candidatos, por referência ao seu conteúdo, aos deveres e sujeições por ele constituídas, e na ponderação dos níveis mínimos de capacidade para se aceder ao concurso.

De tal modo que a definição de tais requisitos não pode ser feita em abstrato sem qualquer conexão ao contrato que se visa celebrar na sequência do procedimento adjudicatório, devendo a mesma ajustar-se àquele objeto contratual, a reportar para o efeito a elementos adequados e proporcionais com a natureza das prestações contratuais.

A este propósito, referem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁹ que:

"(...) é na concorrência (no apelo e defesa do mercado, ínsitos nestes procedimentos), que assenta, na verdade, o valor nuclear dos procedimentos (mais ou menos) concursais: é a ela que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento.

Com a existência de um procedimento administrativo dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses administrativos que lhes estão cometidos (e que implicam dispêndio de dinheiros públicos ou cedência de bens ou utilidades administrativos), os entes públicos o façam da forma publicamente mais vantajosa possível.

E, quanto mais pessoas se apresentarem perante a Administração, como eventuais futuros contratantes, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no mercado administrativo, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da Administração – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.

É esta uma das razões por que os procedimentos concursais foram legalmente erigidos no principal modus negociandi do mercado administrativo.

Chamar a concorrência, lançar um concurso, pressupõe, portanto, considerar os concorrentes como opositores uns dos outros, permitindo-se-lhes que efectivamente compitam e concorram entre si, que sejam medidos (eles ou as suas propostas) sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis (...)."

Rodrigues Esteves de Oliveira¹⁰ sustenta ainda que "(...) no plano procedimental, um corolário da concorrência é, desde logo, o dever da entidade adjudicante não definir requisitos de acesso ao procedimento tais (como número e valores das obras ou serviços iguais ou similares prestados) que resultem numa limitação desproporcionada no mercado habilitado a participar nesse procedimento (...)" (sublinhado nosso).

Conforme já dito anteriormente, na determinação dos pressupostos de acesso ao procedimento a entidade adjudicante deverá ter em consideração a relação causal entre as medi-

⁹ Citados no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, 1.ª Secção – Contencioso, de 25 de março de 2010, no processo com o n.º 01257/09.7BEPRT – Vd. *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa. Das Fontes às Garantias*, 2005, págs. 100 e 101.

¹⁰ In op. cit, pág. 71.

das a adotar e os fins a prosseguir, de forma a vedar o estabelecimento de requisitos demasiado exigentes de que possam resultar limitações manifestamente desadequadas à prossecução do fim público a alcançar em concreto.

Este entendimento é expressamente sufragado por Gomes Canotilho¹¹, quando sustenta que “ (...) a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins subjacentes (...)”, sendo que a “(...) exigência de conformidade pressupõe a investigação e prova de que o ato do poder público é apto e conforme os fins justificativos da sua adoção (...)”, tendo presente se “(...) o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

Posto isto, o que se exige então à entidade adjudicante é que, perante a função e os objetivos do procedimento em causa, não adote medidas restritivas e inadequadas ao efeito pretendido que potenciem a redução do universo concorrencial, ou seja, que resultem numa limitação manifestamente desproporcionada e prejudicial ao interesse público que se visa prosseguir.

Ora, no caso *sub judice*, verifica-se que as cláusulas 6.ª e 7.ª do programa do procedimento não respeitam os normativos e princípios concursais atrás identificados.

Com efeito, para a empreitada de construção de um edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas, de resíduos hospitalares, foi exigido que cada uma das empresaspositoras ao procedimento:

- ✓ Tivesse iniciado, concluído ou em execução empreitadas, nos últimos 5 anos, cujo somatório fosse de montante igual ou superior a 20 000 000,00€ ou, em alternativa, duas empreitadas, nos últimos 5 anos, em que pelo menos uma fosse de valor superior a 6 000 000,00€ e, no seu conjunto, tivessem um valor somado superior a 9 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. a)];
- ✓ Afetasse à empreitada um diretor da obra que fosse Engenheiro Civil ou Engenheiro Técnico Civil, residente na Região Autónoma de Madeira, com experiência mínima cumulativa de 10 anos em direção de obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 5 anos, em empreitadas cujo montante somado fosse igual ou superior a 20 000 000,00€ ou, em alternativa, duas empreitadas, nos últimos 5 anos, em que pelo menos uma fosse de valor superior a 6 000 000,00€ e, no seu conjunto, tivessem um valor somado superior a 9 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. b)];
- ✓ Afetasse à empreitada um Técnico Superior de Segurança e Saúde no Trabalho, residente na Região Autónoma de Madeira, que possuisse o grau de licenciado em Saúde Ambiental, com a experiência mínima cumulativa de 5 anos em obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto gestor de segurança, nos últimos 5 anos, em empreitadas cujo montante somado fosse igual ou superior a 20 000 000,00€ ou, em alternativa, duas empreitadas, nos últimos 5 anos, em que, pelo menos uma, fosse de valor superior a 6 000 000,00€ e, no seu conjunto, tivessem um valor somado superior a 9 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. c)];
- ✓ Afetasse à empreitada um Engenheiro Eletromecânico, que possuisse a experiência mínima cumulativa de 10 anos em obra, tendo participado ou esteja a participar como Engenheiro Eletromecânico, nos últimos 3 anos, em pelo menos uma empreitada de montante igual ou superior a 6 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. d)];

¹¹ *In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, págs. 269 e 270.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature and initials:
L
Kuff
n

- ✓ Afetasse à empreitada um encarregado geral, residente na Região Autónoma de Madeira, que possuísse a experiência mínima cumulativa de 10 anos, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 3 anos, em pelo menos uma empreitada de montante igual ou superior a 6 000 000€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.^a, n.º 1, al. e)];
- ✓ Indicasse como diretor de obra e encarregado geral membros dos quadros da respetiva empresa [cl. 6.^a, n.º 1, al. g)];

Ora, estes requisitos configuram verdadeiras imposições restritivas aos princípios contratuais propugnados, desprovidas de enquadramento legal e sem qualquernexo causal à obra pública a executar, pois estamos perante a construção de um edifício que, apesar de se destinar à instalação de um sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos na unidade hospitalar denominada Dr. Nélio Mendonça, não envolve de *per si*, e atenta a descrição dos trabalhos a realizar, uma especial complexidade técnica, ao contrário do que o SESARAM, E.P.E., pretende fazer crer.

Neste enquadramento, com efeito, não são de acolher os argumentos apresentados por aquela entidade pública empresarial, sustentados:

- ✓ Na salvaguarda de os candidatos reunirem um volume de obras suficiente e adequado à natureza das prestações contratuais que assegurasse a qualidade indispensável à sua boa execução e a garantia de execução da obra nos prazos fixados, minimizando os riscos potenciais inerentes a atrasos ou deficiências na construção;
- ✓ Na disponibilidade de uma equipa técnica qualificada, experiente em empreitadas hospitalares, homogénea nas várias especialidades, na medida em que a execução de obras em hospitais assume contornos extremamente específicos face a outros edifícios destinados à instalação de outros serviços;
- ✓ No facto de uma obra desta natureza não poder ser gerida à distância, mas sim *in loco*, justificando com isso a exigência de o diretor de obra, de o técnico superior de segurança e saúde no trabalho, e de o encarregado geral possuírem residência na Região Autónoma de Madeira, por não ser admissível que esses técnicos assegurem várias obras em locais geograficamente distantes em que é impossível que executem corretamente as suas funções;
- ✓ Na necessidade de o diretor de obra e o encarregado geral terem de ser membros dos quadros da empresa candidata a fim de garantir a estabilidade na execução da mesma, que não se compadece com a precariedade de outro tipo de vínculos laborais que possam determinar entradas e saídas destes técnicos, cas as consequências nefastas para a boa execução da obra.

Posto isto, a fundamentação erigida pelo SESARAM, E.P.E., sobre os apontados requisitos de capacidade técnicas fixados para efeitos de admissão dos candidatos ao procedimento apenas reforça a conclusão de que, na situação vertente, foi violado o n.º 1 do art.º 165.º do CCP, por ter ocorrido uma evidente limitação do leque concorrencial, comprovada com o reduzido número de candidatos que se apresentaram ao procedimento (3), e reforçada pelo facto de entre estes, só um ter ficado qualificado, por ser o único a observar tais exigências mínimas e obrigatórias de capacidade técnica, o que constitui um indício sintomático de que somente poucas empresas de construção civil estariam em condições de cumprir com pressupostos tão apertados e, sublinhe-se, inadequados, face à natureza da empreitada em apreço, caracterizada no ponto **A1)** desta Decisão.

Atuação, que, em última instância, fez também perigar dois dos princípios que norteiam a contratação pública, vertidos no n.º 4 do art.º 1.º do CCP – o da concorrência, por o SESARAM, E.P.E., ter limitado injustificadamente o acesso ao procedimento concursal, e o da

proporcionalidade, na medida em que os requisitos definidos se revelaram excessivos face à complexidade da empreitada.

A3) Da capacidade financeira

Conforme já foi anteriormente salientado, o n.º 4 do art.º 164.º do CCP permite que o programa do concurso indique “(...) requisitos mínimos de capacidade financeira que os candidatos devem preencher cumulativamente com o requisito previsto no anexo IV do (...) Código (...)”, sendo que o art.º 165.º, n.º 2, preceitua que a capacidade financeira “(...) baseia-se, pelo menos, no requisito mínimo traduzido pela expressão matemática constante do (...)” aludido anexo.

Por sua vez, estatui o n.º 3 do art.º 165.º que tais requisitos de capacidade financeira “(...) devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar”, na certeza de que os “(...) requisitos mínimos de capacidade técnica referidos no n.º 1 e o factor «f» referido na alínea i) do n.º 1 do artigo” 164.º, respeitante ao valor económico estimado do contrato, “não devem ser fixados de forma discriminatória” (n.º 5), dispondo o n.º 4 do citado art.º 165.º que, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, quando “(...) os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos no programa do concurso se basearem em elementos de facto já tidos em consideração para efeitos da concessão do alvará ou título de registo contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar, tais requisitos devem ser mais exigentes que os legalmente previstos para aquela concessão”.

Não obstante este enquadramento legal, o SESARAM, E.P.E., no essencial, defendeu que a exigência constante da cláusula 7.ª do programa do procedimento, de que o requisito mínimo obrigatório para aferição da capacidade financeira dos candidatos, traduzido na posse de uma média aritmética do volume de negócios dos últimos três exercícios económicos (2010, 2011 e 2012) superior a 20 000 000,00€, sendo que a verificação desse requisito resultaria da expressão matemática constante no Anexo IV do CCP, nos moldes já descritos no antecedente ponto I., assentou em dois pontos fundamentais:

- Na adequabilidade dessa exigência de modo a evitar que, por razões financeiras, a empresa candidata não executasse a obra nos moldes propostos, situação inadmissível numa área de prestação de cuidados de saúde, garantindo que essa empresa detivesse liquidez suficiente para assegurar o pagamento dos materiais e equipamentos indispensáveis à obra a executar, a fim de prosseguir com o normal funcionamento dos trabalhos, impedindo, por esta via, que o contratante ficasse à mercê de uma eventual insuficiência económico-financeira do cocontratante, e na
- Doutrina interna, baseada nos estudos de Ana Gouveia Martins, na jurisprudência comunitária e na posição sustentada pela Sérvulo Correia e Associados, que assentam em dois aspetos essenciais: na liberdade conferida à entidade adjudicante na fixação de critérios suplementares para efeitos de avaliação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, e no de que essa avaliação deverá reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais.

O SESARAM, E.P.E., porém, ao indicar o *supra* citado requisito mínimo obrigatório para demonstração da capacidade financeira dos candidatos, definiu uma exigência desproporcional neste domínio, atendendo a que o preço contratual foi fixado em 1 385 000,00€, cerca de catorze vezes menos do que o valor estabelecido como requisito mínimo para admissão ao concurso (20 000 000,00€).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Na verdade, tendo a definição dos critérios de admissão ao concurso que ter por referência o contrato que se pretende celebrar, não se vislumbra que tais exigências de solvabilidade financeira se justificassem na situação vertente, quer porque estamos na presença de um contrato cuja expressão financeira se queda bastante abaixo dos valores acima exigidos e cujo objeto, apesar de se reportar à construção na área da saúde, não difere substancialmente de outras empreitadas de obras públicas no tocante aos trabalhos a executar, pois no que toca à capacidade financeira, o que importa é garantir a aptidão dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato futuro, de forma a assegurar o mais amplo acesso ao procedimento por parte dos interessados em contratar.

Nesta sequência, a imposição de uma autonomia financeira nos moldes propostos constitui uma desobediência aos princípios da concorrência, por limitar injustificadamente o acesso ao procedimento concursal, e da proporcionalidade, na medida em que os requisitos definidos se revelam excessivos face ao preço base da empreitada.

Posto isto, é inevitável concluir que foi desrespeitado o n.º 2 do art.º 165.º do CCP, sendo que esse incumprimento é passível de ter deixado de fora do procedimento concursal eventuais interessados que reuniam as condições habilitacionais tidas por suficientes para a execução da presente empreitada e que se viram impossibilitados de apresentar candidatura, os quais poderiam, numa fase subsequente, ter apresentado propostas porventura mais favoráveis para a entidade adjudicante – caso da *Socicorreia – Engenharia Limitada*, que, enquanto empresa candidata, não respondeu, de forma satisfatória, a tal exigência, bem como os aludidos princípios da concorrência e da proporcionalidade, acolhidos no n.º 4 do art.º 1.º do CCP.

B) Das retificações das peças do procedimento à prorrogação do prazo para apresentação das candidaturas

Na deliberação tomada pelo júri do concurso em 21 de fevereiro de 2014, a coberto das competências que lhe foram delegadas pelo Conselho de Administração do SESARAM, E.P.E., a 24 de janeiro de 2014, ao abrigo do n.º 2 do art.º 69.º, conjugado com o art.º 109.º, ambos do CCP, foram eliminadas as cláusulas 6.ª, n.º 1, al. h), e 8.ª, n.º 1, al. d), do programa do procedimento, sendo que aquela se reportava a um requisito mínimo e obrigatório de capacidade técnica dos candidatos, e esta à apresentação do documento que comprovasse a titularidade desse requisito.

Mas porquanto tais eliminações de efeito retificativo consubstanciaram uma alteração de um aspeto fundamental do programa do procedimento, o prazo concedido para a apresentação das candidaturas deveria ter sido prorrogado, com posterior divulgação através de aviso publicado no Diário da República, tal como exigem os n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP.

Com efeito, a densificação da noção de “*aspeto fundamental das peças do procedimento*”, tal como sufragam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹², “*deve ser feita em função do seu objecto e em função da sua repercussão na economia da proposta ou da candidatura*”.

Por conseguinte, “*atendendo ao seu objeto*”, são tidas como “*rectificações que implicam alterações de aspetos fundamentais das peças do procedimento aquelas que versem, directa ou reflexamente, sobre atributos das propostas (...) com incidência na respectiva avaliação, que respeitem aos factores de adjudicação e ao modelo de avaliação e, bem assim, os relativos às condições de acesso ao procedimento (quando se trate da sua alteração*”.

¹² In *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pág. 317.

ou da sua extensão) e aos parâmetros base – e aos termos e condições, aqui, quando a alteração seja significativa ou fundamental¹³(destaque nosso).

Nas suas alegações, o SESARAM, E.P.E., afastou a hipotética violação das obrigações impostas pelo n.º 2 e pelo n.º 4 do art.º 64.º CCP, sustentando tal posição no pressuposto de que esta “ (...) retificação às peças do procedimento não veio acrescentar uma nova exigência. Pelo contrário, veio suprimir algo que era exigido o que, no entender do Júri, abonaria a favor dos eventuais candidatos. E, por essa razão, o Júri considerou que tal retificação não consubstanciava uma alteração substancial às peças do procedimento não tendo, por conseguinte prorrogado o prazo concedido para a entrega das candidaturas. (...) Assim, no caso sub judice não se alterou um aspeto fundamental das peças do procedimento, não houve uma alteração significativa, que compromettesse os princípios da estabilidade das peças contratuais, da concorrência ou da proteção da confiança, termos em que não se impunha a prorrogação do prazo para apresentação das candidaturas. (...) sendo certo que desta redução das exigências de capacidade técnica previstas não resultou qualquer lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos, nem de qualquer princípio da contratação pública”.

Este entendimento não pode, todavia, ser acolhido por que a eliminação daquelas alíneas do programa do procedimento consubstanciaram, na prática, uma verdadeira modificação de aspetos fundamentais do concurso público limitado por prévia qualificação em apreço, pois as disposições em questão remetem para a demonstração da posse de requisitos mínimos obrigatórios de capacidade técnica relacionados com um dos aspetos essenciais das peças procedimentais, constituindo tal supressão uma verdadeira alteração ao aludido programa.

A não prorrogação devida, independentemente da argumentação apresentada pelo SESARAM, E.P.E., impediu que, no caso vertente, mais empresas interessadas a ser admitidas ao procedimento pudessem ter apresentado candidaturas e, posteriormente, propostas eventualmente mais vantajosas do ponto de vista do interesse público, facto que poderá, pelo menos em abstrato, ter conduzido à alteração do resultado financeiro do contrato de que aqui se cuida.

Pelo que se afigura que essa atuação, para além de contrariar efetivamente o art.º 64.º, n.ºs, 2 e 4, do CCP, é igualmente suscetível de ter colocado em crise, com particular acuidade, o princípio da concorrência, assim como o da igualdade, o da transparência e o da publicidade, que presidem os procedimentos pré-contratuais, e emanam 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).

As ilegalidades assim apuradas nos pontos **II.A2)**, **II.A3)** e no presente ponto **II.B)**, consubstanciadas na violação dos n.ºs 1 e 2 do art.º 165.º do CCP, e dos n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º, do mesmo Código, a par de diversos princípios que enformam a contratação pública, e que encontram acolhimento no n.º 4 do art.º 1.º também do CCP, e no n.º 2 do art.º 266.º da nossa Lei Fundamental, afetam a validade do ato final de adjudicação com a anulabilidade, por vício de violação de lei, nos termos do art.º 135.º do CPA, invalidade essa que se repercute no contrato de empreitada celebrado, *ex vi* do n.º 2 do art.º 283.º do CCP.

À luz dos fundamentos de recusa de visto, enunciados nas als. a), b) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprovou a Lei de Organização e Processo do

¹³ No mesmo sentido, vide Jorge Andrade da Silva, *In Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, 2.ª Edição, Almedina, 2009, págs. 234 a 236, onde aquele autor defende que, não especificando o CCP o que se entende por “aspeto fundamental das peças do procedimento”, deve esse conceito indeterminado ser averiguado “caso a caso”, sendo que o mesmo não andarà “longe dos aspetos das peças do procedimento que tenham a ver com as condições de admissão ao procedimento ou com o conteúdo das prestações contratuais”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Tribunal de Contas¹⁴, as ilegalidades decorrentes da violação das normas ínsitas aos artigos *supra* invocados bem como dos *retro* aludidos princípios, podem constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada al. c), por se mostrarem, pelo menos em abstrato, e tal como anteriormente se assinalou, suscetíveis de terem provocado a alteração do resultado financeiro do contrato, a configurar-se a hipótese de terem afastado do procedimento outros potenciais interessados em contratar, e impedido o SESARAM, E.P.E., de admitir outras propostas porventura mais vantajosas ao interesse público financeiro.

Todavia, tendo em conta que não se pode dar por adquirida a referenciada alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, e por que também o SESARAM, E.P.E., nunca foi alvo de qualquer recomendação por parte do Tribunal de Contas incidente sobre as matérias apreciadas, afigura-se adequando recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar àquela entidade que, futuramente, evite a prática das ilegalidades assinaladas.

III – Decisão

Pelo exposto, este Tribunal em sessão ordinária, ouvidos o Digníssimo Magistrado do Ministério Público e Excelentíssimos Assessores, decide, com os fundamentos expostos, **conceder o visto** ao contrato em referência, recomendando ao SESARAM, E.P.E., que, de futuro:

- a) Passe a respeitar escrupulosamente o disposto no n.º 1 e no n.º 2 do art.º 165.º do CCP, nos procedimentos que lance com vista a adjudicação de obras públicas, evitando, em concreto, nos programas de procedimento, a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira desproporcionais e desajustados que reduzir o universo concorrencial, e que
- b) Quando introduza alterações a aspetos fundamentais das peças dos procedimentos, prorrogue o prazo concedido para a apresentação de propostas e ou de candidaturas, e proceda à devida divulgação, em observância dos n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP.

São devidos emolumentos, no montante de 1 385,00€.

Notifique-se a Senhora Presidente do Conselho de Administração do Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet* e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 18 de junho de 2014.

A JUÍZA CONSELHEIRA

(Laura Tavares da Silva)

¹⁴ Republicada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, que foi objeto da Declaração de Retificação n.º 72/2006, de 6 de outubro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro, e 2/2012, de 6 de janeiro.

A ASSESSORA,

Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso
(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

Alberto Miguel Faria Pestana
(Alberto Miguel Faria Pestana)

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

Nuno A. Gonçalves
(Nuno A. Gonçalves)