



DECISÃO N.º 1/FP/2015

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 20 de março de 2015, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de instalações elétricas, de sistemas de AVAC, AQS e de tratamento de águas das piscinas nas instalações sob tutela da Secretaria Regional da Educação e Recursos Humanos (SRE)/Direção Regional de Planeamento, Recursos e Infraestruturas, formalizado, em 30 de dezembro de 2014, entre a Região Autónoma da Madeira (RAM), através da aludida Secretaria Regional, e a empresa *Openline Facility Services, S.A. (Openline, S.A.)*, pelo preço de 551 894,74€ (s/IVA).

I - Os FACTOS

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

- a) Por despacho do Secretário Regional da Educação e Recursos Humanos, de 27 de agosto de 2014, foi decidida a abertura de um concurso público de âmbito comunitário tendo por objeto principal a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de instalações elétricas, de sistemas de AVAC¹, AQS² e de tratamento de águas das piscinas nas instalações sob tutela da SRE/Direção Regional de Planeamento, Recursos e Infraestruturas, pelo prazo de 2 anos, contados da concessão do visto ao contrato.
- b) A publicitação do procedimento pré-contratual, sujeito ao Código dos Contratos Públicos (CCP), concretizou-se mediante a inserção de anúncios no Jornal Oficial da União Europeia 2014/S 172-305302, de 9 de setembro, e no Diário da República, II Série, n.º 170, Parte L, do dia 4 do mesmo mês e ano.
- c) Como se alcança do ponto 3 da cláusula 11.^a do caderno de encargos, o preço base do concurso foi fixado em 720 101,48€ (s/IVA), tendo-se determinado na al. d) do ponto 1 da cláusula 10.^a da mesma peça que seriam excluídas as propostas que apresentassem um preço total anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tivessem sido apresentados pelo concorrente ou não tivessem sido considerados. Para este efeito, estabeleceu-se ainda na referida cláusula que seriam tidas como de preço anormalmente baixo as propostas de valor inferior em 50% ou mais em relação ao preço base, conforme disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 71.º do CCP, ou seja, as propostas de montante inferior a 360 050,74€.
- d) No ponto 3 da cláusula 6.^a do programa do procedimento foram enunciados os documentos integrantes dos termos e condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos aos quais a entidade adjudicante pretendia que os concorrentes se vinculassem e que estes deviam obrigatoriamente integrar nas suas propostas, a saber:
 - Documento comprovativo da posse de alvará válido e na classe adequada ao preço base do concurso, na 10.^a subcategoria da 4.^a categoria, onde se enquadram os trabalhos de instalação e de manutenção de aquecimento, ventilação, ar condicionado e refrigeração (ponto 3.1.), sendo que, de acordo com a Portaria n.º 19/2012, de 30 de

¹ Aquecimento, ventilação e ar condicionado.

² Água quente solar.

abril³, vigente à data do lançamento do procedimento, o montante em questão (720 101,48€) enquadrava-se na classe 3 das habilitações previstas para aquele título habilitacional, tendo em conta a majoração de 40% incidente sobre o valor afeto à mencionada classe, aplicável na RAM por força do Decreto Legislativo Regional (DLR) n.º 21/85/M, de 19 de outubro (664 000,00€ + 40% = 929 600,00€);

- Documentos comprovativos de experiência profissional [envolvendo a apresentação, relativamente a cada técnico, do curriculum e das declarações de antigos empregadores ou, sendo o caso, do concorrente, comprovativas do cumprimento do tempo mínimo exigido de exercício profissional na(s) área(s) que lhe(s) seria(m) afeta(s) e de certificação técnica válida do quadro de pessoal técnico exigido na cláusula 8.ª do caderno de encargos (comprovada através de cópia da declaração ou da carteira profissional emitida pela DRCIE, DGGE, OET ou ADENE⁴)] (ponto 3.2.);
- Documentos comprovativos da existência de um vínculo contratual ou declaração de compromisso entre as partes (entre o concorrente e o técnico), válida para o período de vigência da presente prestação de serviços e para cada um dos técnicos indicados no quadro de pessoal técnico exigido na cláusula 8.ª do caderno de encargos (ponto 3.3.);
- Plano de manutenção preventiva completo de acordo com o exigido na cláusula 4.ª do caderno de encargos, onde se estabeleceu que este documento deveria indicar os procedimentos de manutenção preventiva a adotar em cada um dos equipamentos listados no Anexo II desta peça, bem como a periodicidade das intervenções e o pessoal afeto às mesmas individualizadas para cada uma das diversas instalações abrangidas pela prestação de serviços, que incluem piscinas, pavilhões desportivos, campos de futebol, os Serviços da DRPRI⁵, estabelecimentos de ensino e centros de juventude (ponto 3.4.);
- Anexo I (Listas de preços unitários) do caderno de encargos devidamente preenchido (ponto 3.5.).

- e) No ponto 4. da cláusula 6.ª do programa do procedimento estabeleceu-se expressamente que a não apresentação destes documentos constituía motivo de exclusão das propostas, sendo que, no que tange especificamente à exigência vertida no ponto 3.1. da cláusula 6.ª do programa do procedimento, ficou expressamente vincado, no ponto 1.2. da cláusula 8.ª do caderno de encargos, que a falta de alvará válido na 10.ª subcategoria da 4.ª categoria e na classe adequada constituía fundamento de exclusão do concurso.
- f) Relativamente à organização e definição da equipa técnica a afetar à gestão e manutenção das instalações técnicas, incluindo o levantamento das exigências, a elaboração/melhoria dos planos de manutenção, a assessoria técnica e a supervisão, indicou-se no ponto 1.1. da já citada cláusula 8.ª do caderno de encargos que a mesma deveria, no mínimo, integrar os seguintes elementos que reunissem as competências técnicas mínimas exigidas que se passam também a elencar:
- i) Engenheiro mecânico ou eletromecânico com formação de base em engenharia mecânica ou eletromecânica, membro efetivo da OE⁶, com pelo menos três anos de experiência na área da instalação ou manutenção de AVAC, comprovada através de

³ Retificada pela Declaração de Retificação n.º 27/2012, de 30 de maio.

⁴ Direção Regional do Comércio, Indústria e Energia, Direção Geral de Geologia e Energia, Ordem dos Engenheiros Técnicos e Agência de Energia, respetivamente.

⁵ Direção Regional de Planeamento, Recursos e Infraestruturas.

⁶ Ordem dos Engenheiros.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

declaração emitida pela respetiva ordem profissional, ao qual seria entregue a gestão do contrato;

- ii) Engenheiro eletrotécnico ou de energia e sistemas de potência com formação de base em engenharia eletrotécnica, membro efetivo da OE ou da OET, com pelo menos três anos de experiência comprovada na área da instalação ou manutenção de automação e controlo de AVAC, e que seria responsável técnico pela manutenção das instalações elétricas e dos respetivos equipamentos de emergência;
- iii) Técnico de tratamento de águas, com formação superior concluída em química ou biologia e com pelo menos três anos de experiência comprovada na área, que seria responsável pela assessoria técnica no tratamento da água das piscinas do CPOF⁷;
- iv) Técnico de AVAC – TIM III⁸, com competências certificadas pela ADENE de acordo com o disposto no Decreto-Lei (DL) n.º 58/2013, de 20 de agosto, e responsável por dar cumprimento ao disposto no DL n.º 118/2013, de 20 de agosto, em relação a todos os estabelecimentos identificados no caderno de encargos;
- v) Oficial eletricista com carteira profissional inscrito na DGGE ou na DRCIE a título definitivo, com pelo menos quatro anos de experiência em manutenção de instalações elétricas de AVAC, que seria responsável pela execução dos planos de manutenção preventiva e corretiva de todas as instalações elétricas;
- vi) Ajudante eletricista com habilitação mínima de carteira profissional de eletricista inscrito a título provisório na DGGE ou na DRCIE, responsável por dar apoio ao oficial eletricista;
- vii) Técnico eletromecânico com pelo menos quatro anos de experiência comprovada na manutenção eletromecânica de AVAC, em grupos hidropressores, redes de água potável e de incêndio e estações elevatórias, que executaria, sob orientação do TIM III, os planos de manutenção preventiva e corretiva destes equipamentos e redes, incluindo a parte mecânica dos grupos geradores de emergência. No caso deste técnico possuir carteira profissional de eletricista a termo definitivo, o tempo mínimo exigido de experiência profissional seria de apenas três anos;
- viii) Ajudante de eletromecânico com pelo menos seis meses de experiência comprovada na manutenção eletromecânica de AVAC ou na execução de redes hidráulicas ou na instalação de equipamentos e condutas de ar condicionado ou na instalação e manutenção de equipamentos de energia solar térmica, que apoiaria o eletromecânico na execução dos planos de manutenção preventiva e corretiva. Em substituição da experiência profissional, este aprendiz poderia apresentar como habilitação mínima uma certificação profissional obtida pela aprovação num curso ministrado por uma entidade acreditada na área do gás combustível ou na área da energia solar térmica ou da área da eletrónica, mecatrónica ou eletricidade ou na área do AVAC;
- ix) Mecânico de aparelhos a gás com inscrição válida na DRCIE ou DGGE como mecânico de aparelhos de gás de acordo com o disposto no art.º 10.º do DL n.º 263/89, de 17 de agosto, com pelo menos três anos de experiência profissional em manutenção de caldeiras de potências e características idênticas às descritas no caderno de encargos, que seria responsável pela execução dos planos de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos de queima assim como pela execução das análises de gases de combustão.

⁷ Complexo de Piscinas Olímpicas do Funchal.

⁸ Técnico de instalação e Manutenção.

- g) Ainda a propósito do quadro de pessoal técnico a afetar à prestação de serviços, determinou-se no ponto 1.2. da mesma cláusula 8.ª do caderno de encargos que o mesmo podia apresentar uma das três opções para efeitos de composição das equipas a propor:

OPÇÃO 1	OPÇÃO 2	OPÇÃO 3
Eng.º mecânico ou eletromecânico	Eng.º mecânico ou eletromecânico	Eng.º mecânico ou eletromecânico e TIM III
Eng.º eletrotécnico	Eng.º eletrotécnico	Eng.º eletrotécnico
Técnico de tratamento de águas	Técnico de tratamento de águas	Técnico de tratamento de águas
Técnico AVAC (TIM III)	Técnico AVAC (TIM III) **	Técnico AVAC (TIM III) * e **
Técnico eletromecânico	Técnico eletromecânico **	Técnico eletromecânico **
Ajudante eletromecânico	Ajudante eletromecânico	Ajudante eletromecânico
Oficial eletricista	Oficial eletricista **	Oficial eletricista **
Ajudante eletricista	Ajudante eletricista	Ajudante eletricista
Mecânico aparelhos a gás		
OPÇÃO 1	OPÇÃO 2	OPÇÃO 3
Total de 9 técnicos	Total de 8 técnicos	Total de 8 técnicos

* Técnico com as competências indicadas no ponto VII) da anterior al. f), com 7 anos de experiência comprovada ou 5 anos de experiência se também for oficial eletricista inscrito a termo definitivo na DRIC ou na DGGE.

** Qualquer destes técnicos pode acumular as funções de mecânico de aparelhos de gás desde que legalmente habilitado, cumprindo cumulativamente com o disposto no ponto ix) da anterior al. f).

- h) Por seu turno, na cláusula 12.ª do programa do procedimento foi definido que a adjudicação recairia sobre a proposta de mais baixo preço.
- i) No âmbito do procedimento concursal foram apresentadas as propostas que se passam a identificar:

N.º	CONCORRENTES	PREÇO TOTAL (s/IVA) (€)
1	Domedelta Instalações Eletrotécnicas, Lda./FUNCHALCLIMA, Lda.	700 687,78
2	SICAPREP (MADEIRA), Montagens de Materiais Elétricos, Eletrodomésticos e Telecomunicações, Lda.	627 000,00
3	Openline, S.A.	551 894,74
4	FN-HOTELARIA, S.A./TDGI - Tecnologia de Gestão de Imóveis, S.A.	627 073,84
5	MANINDÚSTRIA – Conservação e Manutenção Industrial, Lda.	719 500,00

- j) No relatório preliminar que elaborou em 30 de outubro de 2014, o júri do procedimento considerou existir fundamento para a exclusão das propostas dos concorrentes 1, 2 e 5, no primeiro caso, por o agrupamento concorrente não possuir alvará adequado ao preço base do concurso⁹, conforme exigido nos pontos 3.1. da cláusula 6.ª do programa do procedimento e 1.2. da cláusula 8.ª do caderno de encargos, invocando para o efeito o

⁹ A *Domedelta Instalações Eletrotécnicas, Lda.*, evidenciou ser titular de alvará de construção com autorização na 10.ª subcategoria da 4.ª categoria na classe 2, que habilitava esta empresa a realizar trabalhos da espécie aí prevista até ao montante de 464 800,00€ (332 000,00€ + 40%), enquanto a *FUNCHALCLIMA, Lda.*, demonstrou ser detentora de alvará de construção com as referidas autorizações na classe 1, que lhe permitia realizar trabalhos da natureza em causa até à importância de 232 400,00€ (166 000,00€ + 40%).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

art.º 70.º, n.º 2, al. b), do CCP, e nos outros dois casos, por as propostas terem sido entregues depois do termo do prazo concedido com essa finalidade, reconduzindo essa situação ao previsto no art.º 146.º, n.º 2, al. a), do CCP.

- k) Apreciadas e avaliadas as duas propostas remanescente à luz do critério de adjudicação adotado, que, como ficou referido, foi o do mais baixo preço, ficaram as mesmas assim ordenadas:

ORDENAÇÃO	CONCORRENTES	PREÇO TOTAL (s/IVA) (€)
1.º	Openline, S.A.	551 894,74
2.º	FN-HOTELARIA, S.A., e TDGI - Tecnologia de Gestão de Imóveis, S.A.	627 073,84

- l) Perante estes resultados, aquele órgão *ad hoc* propôs que a adjudicação da prestação de serviços ao concorrente *Openline, S.A.*, cuja proposta era inferior em 23,4% ao preço base fixado para o concurso.
- m) Em sede de audiência prévia o agrupamento *FN-HOTELARIA, S.A.*, e *TDGI - Tecnologia de Gestão de Imóveis, S.A.*, pronunciou-se contra a admissão da proposta da *Openline, S.A.*, por considerar que:
- A documentação relativa à equipa técnica entregue por este último não continha todos os elementos exigidos em relação a um dos técnicos aí mencionados;
 - O plano de manutenção preventiva elaborado por este concorrente não se encontrava completo;
 - Nem todos os documentos integrantes da proposta por ele apresentada identificavam corretamente o concurso público em questão.
- n) Conforme se extrai do relatório final, elaborado em 10 de novembro de 2014, o júri do concurso entendeu, todavia, que as eventuais deficiências de que a proposta do concorrente *Openline, S.A.*, pudesse padecer não constituíam fundamento para a sua exclusão, razão pela qual manteve o teor e as conclusões inseridas do relatório preliminar e propôs a adjudicação da prestação de serviços a esta empresa, pelo preço de 551 894,74€.
- o) Neste encadeamento, mais precisamente em 12 de novembro de 2014, o Secretário Regional da Educação e dos Recursos Humanos, decidiu adjudicar a prestação de serviços nos termos propostos, tendo o respetivo contrato sido outorgado em 30 de dezembro p.p..
- p) No âmbito da verificação preliminar do correlativo processo, foi o mesmo alvo de diligências instrutórias através do ofício ref.^a UAT I/23, de 26 de janeiro de 2015, tendo-se solicitado à SRE que, entre outros aspetos:
- Explicasse como reputava legalmente possível que, no ponto 3.1. da cláusula 6.^a do programa do procedimento, tivesse sido exigido aos concorrentes que instruissem as respetivas propostas com “[d]ocumento comprovativo da posse de alvará válido e na classe adequada ao preço base do concurso, na 10.^a subcategoria da 4.^a categoria”, quando, de acordo com a disciplina jurídica que emana do art.º 81.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), tal documentação se reportava exclusivamente à habilitação do adjudicatário;
 - Ainda nesse contexto, e tendo em conta que o procedimento adjudicatório adotado *in casu* não comportava uma fase específica de qualificação destinada à avaliação da capacidade técnica dos seus destinatários, indicasse o fundamento legal para a imposição traçada nos pontos 3.2. e 3.3. da citada cláusula 6.^a do programa do

concurso, no que tange à apresentação, pelos concorrentes, de documentação comprovativa da experiência profissional dos técnicos a afetar à prestação de serviços e de certificação técnica válida, assim como da existência de vínculo contratual ou declaração de compromisso válida para o período da execução do contrato para cada um daqueles técnicos;

q) Em resposta, vertida no ofício n.º 941, de 13 de fevereiro de 2015, e carreada para o processo a coberto do ofício n.º 181, do Cartório Notarial Privativo do Governo, da mesma data, a SRE começou por salientar, como nota introdutória, que “[o]s centros de juventude, os infantários e as instalações desportivas, das quais se destacam 12 piscinas públicas cobertas climatizadas, 1 complexo de piscinas olímpicas dotado de climatização com recuperação de calor, 20 pavilhões gimnodesportivos dotados de sistemas de aquecimento de águas sanitárias, 3 campos de futebol e 1 estádio de futebol igualmente apetrechados nesta área, onde acontecem regularmente as atividades escolares, as de lazer e as de competição oficial da RAM, que são objeto da presente prestação de serviços pela sua dimensão, pela sua quantidade, pela sua complexidade técnica e pela exigência de funcionamento ininterrupto dos seus sistemas, fazem com que esta entidade dedique uma atenção muito especial na estruturação das peças processuais de acordo com a experiência acumulada e em conformidade com os demais requisitos técnicos exigidos por lei que regulamentam o exercício da atividade de prestação de serviços de manutenção de sistemas de AVAC (aquecimento, ventilação e ar condicionado)”, passando depois a alegar o seguinte relativamente a cada uma daquelas questões:

⇒ “- Sendo o critério de adjudicação adotado o do mais baixo preço e sendo referido no n.º 2 do art.º 74.º do CCP que «... só pode ser adotado o critério de adjudicação do mais baixo preço quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objeto daquele...», ora, a entidade adjudicante, de forma a poder aferir se as propostas submetidas a concurso não continham condições suscetíveis de violar os aspetos da execução e apenas como fator de exclusão, portanto, sem avaliar a maior ou a menor competência técnica desde que cumpridos os mínimos definidos pela regulamentação legal em vigor, solicitou no ponto 3.º da cláusula 6ª do programa do concurso aquela documentação que tem fundamento legal e que permite aos concorrentes, plenamente identificados com a mesma, demonstrarem, em condições de igualdade e de livre concorrência, que as suas propostas possuem capacidade de execução do disposto no caderno de encargos.

- O Decreto-Lei n.º 118/2013, de 20 de agosto, no ponto i) da alínea c) do art.º 14.º obriga o proprietário das instalações de AVAC a dispor de um TIM (técnico de instalação e manutenção), e no n.º 6.º do art.º 41.º alínea a) obriga a que os sistemas técnicos de AVAC sejam acompanhados e mantidos sob a supervisão do TIM que garanta a sua correta manutenção. Por seu lado, o n.º 3 do art.º 41.º do mesmo decreto obriga o TIM a ter contrato de trabalho ou de prestação de serviços por empresa habilitada pelo INCI (Instituto de Construção e do Imobiliário), embora se tratando de uma prestação de serviços de manutenção e não de uma empreitada de construção, o único documento legal que neste caso particular demonstra a capacidade de execução do disposto no caderno de encargos é o alvará de instalação (significa construção ou execução de obras da especialidade) e de manutenção (significa a prestação do serviço de assistência técnica) de equipamentos e sistemas de AVAC emitido por esta entidade que tem a competência nesta área.

- O n.º 2 do art.º 81.º do CCP refere-se à contratação de empreitadas de construção, assim, tratando-se de uma prestação de serviços de manutenção vulgo assistência



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

técnica a equipamentos e sistemas, esclarecendo-se que esta não deve ser entendida nos termos deste artigo mas sim como uma condição não submetida à concorrência que a entidade contratante pretende que o concorrente demonstre possuir, no sentido de aferir se a sua proposta não contém condições passíveis de violar os termos da execução conforme disposto no caderno de encargos que possa por isso constituir uma violação do disposto na alínea b) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP”.

- ⇒ “- O Decreto-Lei n.º 118/2013, de 20 de agosto, no ponto i) da alínea c) do art.º 14.º obriga o proprietário das instalações de AVAC a dispor de um TIM (técnico de instalação e manutenção), no n.º 3 do art.º 41.º do mesmo decreto obriga o TIM a ter contrato de trabalho ou de prestação de serviços, no n.º 6 do art.º 41.º alínea a) obriga a que os sistemas técnicos de AVAC sejam acompanhados e mantidos sob supervisão do TIM que garanta a sua correta manutenção e na alínea b) do mesmo ponto obriga que a instalação técnica deva ser mantida, também, por outros técnicos cuja participação é legalmente exigida - como é o caso do electricista (nos termos do art.º 25.º do Decreto-Lei 229/2006) e do mecânico de aparelhos a gás (nos termos do art.º 10.º do Decreto-Lei 263/89).
- A Lei n.º 58/2013, de 20 de Agosto, na alínea b) do art.º 3.º obriga a que «...o TIM qualificado para atuar em edifícios com sistemas técnicos instalados ou a instalar com mais de 100 kw de potência térmica nominal, enquanto profissional de categoria TIM – III...» o que tendo em conta as potências térmicas instaladas na maioria das nossas instalações desportivas (> 350W), designadamente, o complexo de piscinas olímpicas e todas as piscinas públicas existentes na RAM, teria que ser este o técnico principal a exigir no presente concurso.
- De acordo com o disposto no Decreto de Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, conjugado com o Decreto Regulamentar Regional n.º 21/85/M, de 19/10, tendo em conta o valor base do presente concurso, as empresas concorrentes deveriam estar habilitadas com pelo menos a classe 3, ora a Portaria n.º 16/2004 «...determina que a capacidade técnica das empresas em termos de meios humanos é avaliada em função do seu quadro de pessoal, o qual deve integrar um número mínimo de elementos que disponham do conhecimento e da experiência adequados à execução dos trabalhos enquadráveis nas diversas habilitações, tendo em conta a sua natureza e classe...», assim, conforme o quadro I do anexo desta portaria, o concorrente para responder a este concurso deveria dispor de um quadro mínimo de pessoal onde integre um engenheiro (neste caso, dada a natureza dos trabalhos este técnico deve ser da especialidade de mecânica ou eletromecânica), um encarregado (neste caso seria o TIM III) e mais quatro técnicos (neste caso seria um electricista e respetivo ajudante e um eletromecânico e respetivo ajudante) – que foi essencialmente o que a entidade contratante exigiu na cláusula 8.ª do caderno de encargos como forma de aferir se os concorrentes tinham condições de execução do disposto no caderno de encargos durante o tempo em que a prestação de serviços vigora.
- Em súmula, os concorrentes, para se apresentarem a concurso já devem reunir todas as condições exigidas pela documentação legal supra referenciada, específicas para a prestação desta tipologia de serviços. Com esta exigência não se pretende avaliar competências mas apenas assegurar a junção da documentação que garante a aptidão do proponente para o serviço a prestar sob pena de exclusão da proposta”.
- r) Ponderados estes esclarecimentos e compulsados os demais elementos remetidos a coberto do supra citado ofício, constatou-se que o processo continuava a não fornecer todos os elementos necessários à sua análise, o que motivou a que o mesmo tivesse

sido novamente devolvido à SRE, através do Despacho n.º 3/FP/2015, de 11 de março, a fim de que este departamento:

- Explicasse como reputava possível que, no que tange à definição das habilitações técnicas tidas como necessárias para assegurar a realização da prestação de serviços em causa, tivesse sido exigida, no ponto 3.1. da cláusula 6.ª do programa do procedimento, a posse de alvará válido na 10.ª subcategoria da 4.ª categoria e na classe adequada ao preço base do concurso, imposição essa que, por se revelar excessiva, ao não ter sido reportada ao valor das próprias propostas, é passível de ter inibido eventuais interessados de se apresentarem a concurso;
- Demonstrasse que o técnico Vítor Gomes elaborou a declaração de compromisso a que alude o ponto 3.3. da cláusula 6.ª do programa do procedimento no que se refere ao exercício das funções de ajudante eletromecânico, evidenciando-se também neste caso a existência da documentação comprovativa da experiência profissional e da certificação técnica solicitada pela entidade adjudicante;
- Procedesse à identificação nominal e funcional do autor da proposta interna, datada de 27 de agosto de 2014, em que foi aposto o despacho de abertura do procedimento adjudicatório que antecedeu a contratação em apreço.

s) Em observância do determinado no aludido Despacho n.º 3/FP/2015, a SRE, por meio do seu ofício n.º 1487, de 16 do corrente mês, trazido ao processo por intermédio do ofício n.º 352, do Cartório Notarial Privativo do Governo, com a mesma data, veio identificar o autor do documento interno no qual foi aposto o despacho de adjudicação desta prestação de serviços e prestar esclarecimentos acerca da apresentação da declaração de compromisso que, nos termos do caderno de encargos, era exigida relativamente ao técnico em causa, tendo alegado o seguinte no tocante à primeira daquelas questões:

“Esclarece esta entidade adjudicante que na formulação da redação do ponto 3.1 da cláusula 6ª do Programa do Concurso, esta Direção Regional limitou-se apenas à estrita aplicação da Lei vigente. Assim, somos a explicar o sentido e alcance da nossa exigência: de acordo com o disposto n.º 1 e n.º 3 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9.01, na redação dada pelo Decreto-Lei 69/2011, de 15.06 é o preço base do concurso que define a classe de alvará exigível e que o alvará em questão terá de ser o adequado aos trabalhos a executar, considerando a classe, ora in casu, sendo que os trabalhos mais expressivos são os de manutenção de instalações de AVAC que, de acordo com o Instituto da Construção e do Imobiliário, se enquadram na 10ª subcategoria da 4ª categoria que se refere à instalação e à manutenção de sistemas de aquecimento, ventilação e refrigeração. Pelo que, conjugando com o disposto no art.º 1.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 21/85/M, de 19.10 que determina que na Região Autónoma da Madeira as classes de alvará sejam majoradas em 40% em relação ao Continente, esta entidade adjudicante só podia admitir as propostas dos concorrentes que se apresentassem com, pelo menos, esta subcategoria e no mínimo, com a classe 3 de alvará. Outros interessados, possuidores de alvarás de menor alcance e amplitude, nunca poderiam ser concorrentes ao procedimento presente, não havendo, por isso e por esta razão, qualquer inibição redutora da concorrência”.

II - O DIREITO

Da matéria de facto exposta no ponto antecedente emergem questões de legalidade com relevância para a presente decisão e que se reportam às exigências estabelecidas pela entidade adjudicante para efeitos de acesso ao procedimento pré-contratual.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

O enquadramento desta matéria passa por reter que a escolha do procedimento adjudicatório por parte das entidades adjudicantes é exercida num espaço de autonomia e de discricionariedade que lhes é conferido pelas normas do CCP que regulam os procedimentos de formação dos contratos e que deve ser exercido em função da ponderação do interesse público a prosseguir em cada caso, mas sempre com respeito pelos limites aí definidos, sendo um deles o valor do contrato a celebrar, como se retira dos art.^{os} 18.^o e 20.^o, n.^o 1, al. b), do Código.

Na situação vertente, o valor do contrato a formalizar permitia ao órgão competente para a decisão de contratar optar pelo concurso público, regido pelos art.^{os} 130.^o a 148.^o do CCP, ou pelo concurso limitado por prévia qualificação, disciplinado pelos art.^{os} 162.^o a 192.^o do mesmo Código, sendo incontornável que a escolha a efetuar teria implicações diretas na otimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no concurso público - que é um procedimento aberto, uma vez a ele podem concorrer, salvo disposição especial em contrário, quaisquer operadores económicos, desde que não se encontrem em situação de impedimento e estejam legalmente habilitados a executar o contrato (cfr. os art.^{os} 53.^o, 55.^o e 81.^o, também do CCP)¹⁰ -, no concurso limitado por prévia qualificação o acesso ao procedimento é limitado às entidades que preencham determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.

Efetivamente, uma das principais novidades introduzidas pelo CCP foi a eliminação, no âmbito do concurso público, da fase de qualificação dos concorrentes, ficando excluída a possibilidade de ser solicitada aos concorrentes a demonstração de requisitos mínimos de capacidade para efeitos de acesso ao procedimento, que o Código reservou para o concurso limitado por prévia qualificação, comportando este procedimento, por definição, uma fase prévia de qualificação, em que se avaliam a capacidade técnica e a capacidade financeira dos candidatos, sendo apenas convidados a apresentar propostas aqueles que foram selecionados nessa fase, ou seja, aqueles que preencherem os requisitos fixados e exigidos [vd. os art.^{os} 164.^o, n.^o 1, als. h) e j), e n.^{os} 2 e 4, e 165.^o, n.^{os} 1, 2 e 3].

Como tal, o sistema perderia consistência se a entidade adjudicante pudesse introduzir nas peças procedimentais do concurso público - que o legislador quis que fosse de acesso livre e em que a figura do proponente é desvalorizada em detrimento do valor objetivo das respetivas propostas - requisitos subjetivos de participação e/ou de habilitação, relacionados com a capacidade técnica e/ou financeira deste último e que se funcionassem como um entrave ao acesso dos concorrentes ou inclusivamente que os afastasse da celebração do contrato.

Assim sendo, quando a entidade adjudicante opta pelo concurso público, em que as propostas são analisadas unicamente com base nos seus elementos objetivos relacionados com a execução das prestações contratuais, estando vedado à entidade adjudicante escolher o cocontratante em razão dos aspetos subjetivos que respeitem à qualificação técnica e/ou financeira dos concorrentes, entende-se que assume que a satisfação do interesse público que fundou a decisão de contratar não envolve especiais competências ou experiência por parte do adjudicatário e que qualquer interessado que esteja legalmente autorizado a atuar no segmento de mercado respetivo está em condições de executar o contrato a outorgar, bastando-se, por isso, com a capacidade técnica presumida pelas habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações contratuais, mormente, no caso das aquisições de serviços, com a demonstração, por parte do concorrente escolhido, da posse de tais habilitações.

¹⁰ Como Margarida Olazabal Cabral fez questão de vincar, no regime do concurso público, a atenção incide sobre a valia da proposta, registando-se um desinteresse quase total pelo “*respectivo proponente*” (vd. *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos, Estudos da Contratação Pública*, I, pág. 185).

Neste domínio, importa atentar no n.º 1 do art.º 132.º do CCP, que enuncia os elementos que o programa do concurso deve indicar, onde se incluem, entre outros:

- “Os documentos referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º (...)” [al. h)], que tanto abrangem os “[d]ocumentos que, em função do objecto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar” [al. b) do n.º 1 do art.º 57.º], como os “[d]ocumentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspetos do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule” [al. c) do n.º 1 do art.º 57.º].
- “Os documentos de habilitação, directamente relacionados com o objecto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do artigo 81.º” [al. f)], relevando aqui particularmente o n.º 6 deste último preceito, o qual determina que “[i]ndependentemente do objeto do contrato a celebrar, o adjudicatário deve ainda apresentar os documentos de habilitação que o programa do procedimento exija, nomeadamente, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de aquisição de serviços, quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços em causa”, ou seja, de documentos demonstrativos da posse de determinadas aptidões ou certificação técnicas e/ou profissionais exigidas por lei para a prossecução das atividades necessárias à prestação de serviços a contratar.

Por força destes normativos, estando em causa um concurso público, incumbe à entidade adjudicante identificar no programa do procedimento os documentos que os concorrentes devem fazer constar das respetivas propostas, inserindo-se nesse elenco os documentos que contém os atributos, ou seja, os aspetos do contrato postos à concorrência e que vão ser alvo de avaliação à luz do critério de adjudicação definido, assim como os documentos que integram os termos ou condições, respeitantes a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, mas relativamente aos quais a entidade adjudicante pretende que os concorrentes se vinculem, destinando-se unicamente a confirmar o cumprimento das regras que esta pré determinou nas peças concursais.

Quanto aos documentos de habilitação, referidos no n.º 6 do aludido art.º 81.º, resulta claro da al. f) do n.º 1 do art.º 132.º, bem como do art.º 77.º, n.ºs 1 e 2, al. a), também do CCP, que só o adjudicatário está obrigado à sua entrega, na sequência da notificação do ato de escolha, não podendo a entidade adjudicante solicitar a apresentação destes documentos aos concorrentes, ou seja, fazer depender o acesso ao concurso dessa apresentação.

Volvendo ao caso que ora se aprecia, resulta da factualidade acima relatada que a SRE recorreu ao concurso público para efeitos de seleção da entidade cocontratante, tendo ficado, por conseguinte, vinculada às normas legais que regulam esta tipologia procedimental, as quais, como ficou também sublinhado, não só não comportam o poder de exigir aos concorrentes, para efeitos de admissão ao procedimento, o preenchimento de requisitos mínimos de capacidade, mormente, de capacidade técnica, como determinam que apenas o adjudicatário fica obrigado à apresentação dos documentos de habilitação que por lei lhe sejam exigíveis.

É certo que o n.º 4 do art.º 132.º do CCP conferia à entidade adjudicante a faculdade de, no âmbito do programa do procedimento, introduzir “(...) quaisquer regras específicas sobre o (...) concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante”. Contudo, e conforme se alcança igualmente do mesmo artigo, essas regras não podiam nunca “por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”.

Contudo, embora o principal traço diferenciador entre um documento de qualificação e um documento da proposta resida no facto de o primeiro ser atinente aos candidatos e o



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

segundo aos serviços a oferecer, sendo que os requisitos relativos aos membros da equipa técnica a afetar ao contrato não podem deixar de estar associados à capacidade técnica detida por esses agentes económicos, constatou-se que, no ponto 3. da cláusula 6.^a do programa do procedimento, foi exigido aos concorrentes que, entre outros, instruísem as respetivas propostas com documentos comprovativos:

- ◆ Da posse de alvará válido e na classe adequada ao preço base do concurso, na 10.^a subcategoria da 4.^a categoria, onde se enquadram os trabalhos de instalação e de manutenção de aquecimento, ventilação, ar condicionado e refrigeração (ponto 3.1.);
- ◆ Da experiência profissional dos membros da equipa técnica a afetar à prestação de serviços, com a composição e as competências mínimas previstas no ponto 1.1. da cláusula 8.^o do caderno de encargos, envolvendo a apresentação, relativamente a cada um desses elementos, do curriculum e das declarações de antigos empregadores ou, sendo o caso, do concorrente, comprovativas do cumprimento do tempo mínimo exigido de exercício profissional na(s) área(s) que lhe(s) seria(m) afeta(s) e de certificação técnica válida (comprovada através de cópia da declaração ou da carteira profissional emitida pela DRCIE, DGGE, OET ou ADENE] (ponto 3.2.), e da existência de um vínculo contratual ou declaração de compromisso entre o concorrente e os respetivos técnicos, válida para o período de vigência da presente prestação de serviços (ponto 3.3.).

E, no ponto 4. da cláusula 6.^a do programa do procedimento, fez-se constar expressamente que a não apresentação destes documentos constituía motivo de exclusão das propostas, vincando-se, no ponto 1.2. da cláusula 8.^a do caderno de encargos, que a falta de alvará válido na 10.^a subcategoria da 4.^a categoria e na classe adequada constituía fundamento de exclusão do concurso.

Posto isto, e tendo presente a caracterização genérica que acima se traçou do concurso público, importa aferir se as exigências assinaladas encontram suporte no regime específico que disciplina este procedimento de formação pré-contratual.

- a) Como se indicou, o primeiro daqueles requisitos reconduzia-se à detenção, por parte dos concorrentes, de alvará de construção válido na 10.^a subcategoria (Aquecimento, ventilação, ar condicionado e refrigeração) da 4.^a categoria (Instalações técnicas e mecânicas), na classe adequada ao preço base do concurso, fixado em 720 101,48€ (s/IVA), no ponto 3 da cláusula 11.^a do caderno de encargos, sendo que, de acordo com a Portaria n.º 19/2012, de 30 de abril¹¹, vigente à data do lançamento do procedimento, aquele montante tinha enquadramento na classe 3 das habilitações previstas para o referido título habilitacional, tendo em conta a majoração de 40% incidente sobre o valor afeto à mencionada classe, aplicável na RAM por força do DLR n.º 21/85/M, de 19 de outubro (664 000,00€ + 40% = 929 600,00€).

Embora o instrumento jurídico em análise consubstancie um contrato de aquisição de serviços, não está aqui em causa a legalidade da imposição traçada pela entidade adjudicante em relação à posse de alvará de construção com as autorizações referidas, emitido nos termos do DL n.º 12/2004, de 9 de janeiro¹², pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (InCI, I.P.)¹³, tendo em atenção que:

¹¹ Retificada pela Declaração de Retificação n.º 27/2012, de 30 de maio.

¹² Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade de construção, e que foi alterado e republicado pelo DL n.º 69/2011, de 15 de junho.

¹³ O InCI, IP, é a entidade reguladora do sector da construção e do imobiliário, competindo-lhe atribuir os títulos para o exercício das atividades reguladas, em que se inclui o alvará de construção.

- a principal componente do objeto contratual envolve a execução de trabalhos na área do aquecimento, ventilação e ar condicionado;
- o DL n.º 118/2013, de 20 de agosto, que aprovou o Sistema de Certificação Energética dos Edifícios, o Regulamento de Desempenho Energético dos Edifícios de Habitação e o Regulamento de Desempenho Energético dos Edifícios de Comércio e Serviços, e transpõe a Diretiva n.º 2011/31/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 2010, relativa ao desempenho energético dos edifícios, e entrou em vigor em 1 de dezembro de 2014, preconiza, no art.º 49.º, n.º 4, al. a), por remissão para o n.º 3 do seu art.º 41.º, que as alterações que tenham de ser introduzidas nos sistemas técnicos de edifícios existentes, conforme aparenta ser o caso dos abrangidos pelo objeto do contrato¹⁴, no âmbito da sua manutenção, devem ser asseguradas por uma equipa que integre um TIM com contrato de trabalho ou de prestação de serviços com empresa habilitada com o efeito pelo InCI, IP, o que significa que, neste contexto, o trabalho desenvolvido deva ser considerado atividade de construção, podendo apenas ocorrer dentro do estrito cumprimento das regras definidas para o exercício dessa mesma atividade pelo DL n.º 12/2014.

Nessa medida, num contrato de aquisição de serviços que inclua a realização de trabalhos contemplados nas autorizações abrangidas pelo alvará de construção, a exigência de apresentação de alvará adequado à execução de tais trabalhos encontra suporte legal no n.º 6 do art.º 81.º do CCP¹⁵, devidamente articulado com os n.ºs 2 e 4¹⁶ do mesmo dispositivo e com o art.º 132.º, n.º 1, al. f), daquele Código.

O mesmo não poderá, no entanto, dizer-se acerca da conformidade legal da exigência de que a autorização incluída do aludido alvará fosse na classe reportada ao preço base do concurso, a saber, a classe 3, que, de acordo com a Portaria n.º 19/2012, de 30 de abril¹⁷, habilita à realização de trabalhos até 664 000,00€, mas que, com a majoração de 40% do valor das classes do alvará de construção, aplicável na RAM por força do DLR n.º 21/85/M, de 19 de outubro, atinge os 929 600,00€.

Nos procedimentos de contratos de empreitada, o legislador basta-se com a exigência da posse de ***“uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra”***¹⁸, 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***

¹⁴ Pois face às definições que emanam das als. t) e v) do art.º 2, adquirem esta qualificação, para efeitos deste diploma, os edifícios cujo processo de licenciamento ou autorização de edificação tenha data de entrada junto das entidades competentes, determinada pelo momento de apresentação do projeto de arquitetura, anterior ao início da vigência do DL n.º 118/2013.

¹⁵ Determina esta norma que *“[i]ndependentemente do objeto do contrato a celebrar, o adjudicatário deve ainda apresentar os documentos de habilitação que o programa do procedimento exija, nomeadamente, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de aquisição de serviços, quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços em causa”*.

¹⁶ Preconiza o n.º 2 do art.º 81.º que *“[n]o caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras pública, o adjudicatário, para além dos documentos referidos no número anterior, deve também apresentar os alvarás ou os títulos emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar (...)”*, estatuidando o n.º 4.º do mesmo artigo que *“[n]o caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços, ao adjudicatário, para além dos documentos referidos no n.º 1, deve também apresentar o respetivo certificado de inscrição em lista oficial de fornecedor de bens móveis ou de prestador de serviços de qualquer Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu que revele a titularidade das habilitações adequadas e necessárias à execução das prestações objeto do contrato a celebrar”*.

¹⁷ Retificada pela Declaração de Retificação n.º 27/2012, de 30 de maio.

¹⁸ Nos termos do art.º 3.º, al. a), do DL n.º 12/2004, integra o conceito de **obra** *“todo o trabalho de construção, reconstrução, ampliação, alteração, reparação, conservação, reabilitação, limpeza, restauro e demolição de bens imóveis, bem como qualquer outro trabalho que envolva processo construtivo”*.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

correspondentes”, ou, em alternativa, com a exigência de “*habilitação de empreiteiro geral ou de construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global*”, como se extrai do art.º 31.º, n.ºs 1 e 2, do citado DL n.º 12/2004, ressalvando-se aqui que, contrariamente ao que foi sustentado pela SRE, a menção feita naquelas normas ao “**valor global da obra**” há de reconduzir-se imperiosamente ao valor total dos trabalhos necessários à execução da mesma, que, na fase de formação do contrato, não pode senão corresponder ao preço pelo qual os concorrentes se dispõem a contratar e que fazem constar das respetiva propostas. (Destaque nossos)

Sendo este o regime aplicável aos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, não existe qualquer justificação legal ou factual para que, num procedimento dirigido à celebração de um contrato de aquisição de serviços que abrange a realização de trabalhos para cuja execução se considerava necessária a posse de alvará de construção, a autorização na categoria e subcategoria constante desse título ter sido reconduzida à classe adequada ao preço base do concurso que, como resulta do art.º 47.º, n.º 1, do CCP, corresponde ao **preço máximo** que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela totalidade das prestações que integram o objeto do contrato, e não ao valor das próprias propostas, ou seja, ao valor pelo qual os concorrentes se propunham realizar a prestação de serviços lançada a concurso.

Significa isto que, na prática, este requisito habilitacional, fixado como condição de admissão ao procedimento adjudicatório adotado, revelou-se excessivo e desproporcional, ao não associar a classe da autorização contida no alvará, e tida por essencial à execução dos trabalhos mais representativos da prestação de serviços a contratar, ao valor das propostas dos concorrentes, deixando desde logo de fora do universo de potenciais destinatários do concurso público as entidades detentoras de alvará de construção com a autorização requerida em classe inferior à indicada, mas que, ainda assim, se dispusessem a apresentar propostas de montante enquadrável naquele patamar (no caso da classe 2, esse valor ascenderia a 464 800,00€ (332 000,00€ + 40%) e, na classe 1, a 232 400,00€ (166 000,00€ + 40%).

Refira-se, ademais, que a entidade adjudicante estabeleceu, no ponto 3 da cláusula 11.ª do caderno de encargos, que seriam tidas como de preço anormalmente baixo as propostas de valor inferior em 50% ou mais em relação ao preço base, ou seja, as propostas de montante inferior a 360 050,74€, o que permitia aos concorrentes apresentarem proposta até esse montante sem a necessidade de prestarem quaisquer esclarecimentos justificativos desse valor, o que, também por este motivo, torna desajustada a restrição acima imposta.

Por via da limitação imposta, consubstanciada no desrespeito pela disciplina jurídica dimanada dos art.ºs 81.º, n.º 6, e 132.º, n.º 1, al. f), do CCP, que impõem que, no caso dos contratos de prestação de serviços, o programa de concurso deve indicar os documentos de habilitação comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para execução das respetivas prestações contratuais, a SRE restringiu o universo de potenciais interessados no procedimento adjudicatório, o que é passível de ter funcionado como um fator inibidor da concorrência, cerceando as hipóteses de escolha da proposta financeiramente mais vantajosa para a entidade adjudicante e, conseqüentemente, que melhor respondesse ao interesse público a satisfazer em concreto, traduzindo numa afronta aos princípios da concorrência, da igualdade e da proporcionalidade, que se assumem como princípios basilares atuação administrativa e da contratação pública e encontram consagração legal expressa nos art.ºs 5.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹⁹ e no n.º 4 do art.º 1.º do CCP, gerando a

¹⁹ Aprovado pelo DL n.º 442/91, de 15 de novembro, e recentemente revogado pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro, mas ainda aplicável na situação vertente.

ilegalidade do concurso público e comprometendo, por essa via, a legalidade da adjudicação e do contrato.

- b) A exigência da posse de alvará de construção nos termos assinalados na alínea anterior traz diretamente associada uma outra questão de legalidade, que se reporta ao facto desse título habilitacional sido elencado, no ponto 3 da cláusula 6.^a do programa do procedimento, como um dos documentos que deveria integrar as propostas dos concorrentes.

Sucede, porém, que, de acordo com o atual regime jurídico da contratação pública, vertido no CCP, estando em causa um concurso público tendente à formação de um contrato de aquisição de serviços, os concorrentes não estão obrigados à apresentação de documentos de habilitação na fase de entrega das propostas, recaindo essa obrigação exclusivamente sobre o adjudicatário, na decorrência da notificação da decisão de adjudicação, ou seja, no decurso da fase de habilitação propriamente dita, conforme se extrai da interpretação *a contrario* do n.º 1 do art.º 57.º e melhor se alcança do teor dos art.ºs 77.º, n.º 2, al. a), 81.º, n.º 6, e 132.º, n.º 1, al. f), do CCP.

Por conseguinte, constituindo a posse daquele alvará um requisito de aptidão profissional e consubstanciando o mesmo um documento de habilitação²⁰, conforme ficou dito e em sentido contrário ao posicionamento defendido pela SRE, não resta senão concluir no sentido de que a exigência da sua apresentação pelos concorrentes foi ilegalmente formulada, por colidir com a solução legal traçada nos invocados normativos.

Sem embargo, quando encarada *per se*, dificilmente a apontada ilegalidade terá determinado uma redução do universo de potenciais concorrentes e colocado em crise o princípio da concorrência, na medida em que apenas as empresas detentoras daquele título profissional legalmente exigível dispunham de capacidade para executar a prestação de serviços. Tem sido esse, aliás, o entendimento sufragado pela jurisprudência e pela doutrina, citando-se, a esse propósito, Mário Esteves de Oliveira²¹, quando sustenta relativamente aos requisitos habilitacionais que, *“embora nos art.º 81.º e ss. do Código venham sempre referidos «ao adjudicatário» “reportam-se (...) ao direito de acesso ao procedimento, constituindo condicionantes deste e obstando portanto a que participe aí quem não possua as habilitações exigidas para o efeito”*.

Neste pressuposto, caberá ressaltar que nenhuma das empresas que integrava o agrupamento concorrente que foi excluído com fundamento na falta de demonstração da posse de alvará adequado ao preço base do concurso, conforme exigido nos pontos 3.1. da cláusula 6.^a do programa do procedimento e 1.2. da cláusula 8.^a do caderno de encargos, nos termos do art.º 70.º, n.º 2, al. b), do CCP, a saber, a *Domedelta Instalações Eletrotécnicas, Lda.*, e a *FUNCHALCLIMA, Lda.*, dispunham, naquele título habilitacional, da autorização solicitada em classe que cobrisse o valor da proposta apresentada a concurso (700 687,78€), uma vez que a documentação que acompanhou a respetiva proposta deixava patente que a primeira delas detinha alvará de construção com autorização na 10.^a subcategoria da 4.^a categoria na classe 2, que habilitava à realização de trabalhos da espécie aí prevista até ao montante de 464 800,00€ (332 000,00€ + 40%), e a segunda delas demonstrou possuir alvará de construção com as referidas autorizações na classe 1, que apenas lhe permitia realizar trabalhos da natureza em causa até à importância de 232 400,00€ (166 000,00€ + 40%).

²⁰ Como salienta Margarida Olazabal Cabral, in op. cit., pág. 186, na aceção do CCP, apenas são qualificáveis como documentos de habilitação aqueles que se reportam à titularidade de documento legal que permita a execução de um determinado contrato, quando seja o caso, ou à demonstração de não se estar em qualquer situação de impedimento.

²¹ E Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pág. 490.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

O que leva a concluir que este agrupamento não só não reunia condições para contratar com a Administração no âmbito deste procedimento, ao não preencher o assinalado requisito habilitacional, como também a respetiva proposta não apresentava o preço mais baixo, o que, à luz do critério de adjudicação adotado, afastava a possibilidade da contratação ser fechada com aquele agrupamento concorrente.

- c) Como foi referido, cabe também focar a atenção nos requisitos definidos no ponto 1.1. da já citada cláusula 8.º do caderno de encargos relativamente à composição da equipa técnica a afetar à execução do contrato e na imposição feita aos concorrentes, nos pontos 3.2. e 3.3. da cláusula 6.ª do programa do concurso, de estes instruírem as respetivas propostas com documentação identificativa desses elementos, da comprovação de que estes reuniam as certificações técnicas e a experiência profissional mínima exigida na primeira daquelas cláusulas, bem como com os documentos probatórios da existência de vínculo contratual ou declaração de compromisso válida para o período da execução do contrato para cada um daqueles técnicos.

Segundo a SRE, tais exigências destinaram-se a assegurar que a equipa técnica indicada pelos concorrentes reunia as condições e as qualificações profissionais mínimas tidas por necessárias para a realização da prestação de serviços a contratar, permitindo à entidade adjudicante apurar e garantir dessa forma a observância das imposições formuladas nesta área específica pelo já mencionado DL n.º 118/2013, de 20 de agosto, pela Lei n.º 58/2013, de 20 de agosto, que aprovou os requisitos de acesso e de exercício da atividade de perito qualificado para a certificação energética e de técnico de instalação e manutenção de edifícios e sistemas, pelo DL 229/2006, de 24 novembro, que alterou o Decreto Regulamentar n.º 31/83, de 18 de abril, o qual aprovou o Estatuto do Técnico Responsável por Instalações Elétricas de Serviço Particular, pelo DL n.º 263/89, de 17 de agosto, que aprovou o Estatuto das Entidades Instaladoras e Montadoras e Definição dos Grupos Profissionais Associados à Indústria dos Gases Combustíveis, bem como pela Portaria n.º 16/2004, de 10 de janeiro, relativamente à composição do quadro de pessoal das empresas de construção, para efeitos de aferição, pelo InCI, IP, da sua capacidade técnica no domínio dos meios humanos²² e da sua consequente habilitação para a realização de trabalhos inseridos na 10.ª subcategoria da 4.ª categoria na classe 3, correspondente ao preço base do procedimento.

Com estes argumentos, a SRE veio sustentar, em síntese, que “os concorrentes, para se apresentarem a concurso já” deviam “reunir todas as condições exigidas pela documentação legal supra referenciada, específicas para a prestação desta tipologia de serviços” e que tais exigências não se destinaram a “avaliar competências mas apenas” a “assegurar a junção da documentação que” garantisse “a aptidão do proponente para o serviço a prestar (...)”, uma vez que o único aspeto das propostas que seria efetivamente avaliado seria o preço.

Porém, a leitura a dar aos factos não pode ser a descrita, desde logo, porquanto, ao ter adotado o concurso público, regulado pelos art.ºs 130.º a 148.º do CCP, como procedimento de formação do contrato, a SRE apenas poderia ter imposto exigências quanto ao modo de execução das prestações contratuais a indicar pelos concorrentes nas suas propostas e não em relação às qualidades e aptidões técnicas dos mesmos,

²² Este regulamento estabelece as condições mínimas que devem ser respeitadas pelas empresas detentoras de alvará para a atividade da construção, no que se refere ao quadro de pessoal, ditando o n.º 1 do seu ponto 1 que, para estes efeitos, “que uma empresa de construção dispõe de capacidade técnica em termos de meios humanos quando demonstre ter ao seu serviço um número de técnicos, com conhecimento comprovado nas diversas áreas da classificação detida, bem como encarregados e operários em número e nível de qualificação, nos termos dos instrumentos de contratação colectiva aplicáveis ao sector da construção, que respeitem os mínimos estabelecidos nos quadros constantes do anexo a esta portaria e o disposto nos números seguintes”.

designadamente no que toca à experiência curricular e aos recursos humanos ao seu dispor, como foi o caso, uma vez que o legislador reservou a apreciação desses aspetos para o concurso limitado por prévia qualificação, como decorre dos art.ºs 164.º, n.º 1, als. h) e j), e 165.º, n.º 1, al. b), igualmente daquele Código.

Assim, parece não haver dúvidas de que as imposições feitas pela SRE nas peças procedimentais configuraram condições mínimas de capacidade técnica que os concorrentes deveriam preencher e evidenciar nas respetivas propostas e que na sua generalidade excediam as legalmente exigidas e já certificadas através da posse de alvará de construção emitido pelo InCI, IP²³, contrariando também por isso o art.º 132.º, n.º 4, do CCP, o que consubstancia a prática de uma ilegalidade que, pelo menos no plano abstrato, é passível de ter funcionado como um fator inibidor do acesso ao concurso, pondo em causa não só o princípio da legalidade, consagrado no art.º 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e no art.º 3.º do CPA, mas também outros princípios enformadores da contratação pública, legalmente acolhidos no n.º 4 do art.º 1.º do CCP, com ênfase para o princípio da concorrência e da igualdade.

A ilegalidade descrita determina a anulabilidade do ato de adjudicação, nos termos do art.º 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

Em tom final, e perante a invocação da exigência e complexidade técnica associada a esta prestação de serviços, sempre se poderá rematar que, se a SRE considerava a capacidade presumida pela titularidade dos documentos de habilitação legalmente exigíveis insuficiente e entendia que o preenchimento das condições de maior exigência no domínio da aferição da capacidade dos potenciais cocontratantes se impunha em virtude das características das necessidades a satisfazer por via da celebração do contrato, deveria ter optado pelo concurso limitado por prévia qualificação, onde critérios ou exigências limitativas do acesso ao procedimento podem ser impostos, desde que justificados, racionais e razoáveis, com ponderação sobre as circunstâncias de facto relevantes para a celebração do contrato em expectativa.

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 LOPTC, as ilegalidades decorrentes da violação das normas ínsitas, por um lado, aos art.ºs 81.º, n.º 6, e 132.º, n.º 1, al. f), do CCP, e, por outro, aos art.ºs 130.º a 148.º, concatenados com os art.ºs 164.º, n.º 1, als. h) e j), e 165.º, n.º 1, al. b), do mesmo Código, melhor identificadas antecedentemente e traduzidas na exigência de alvará de construção com autorização na 10.ª subcategoria da 4.ª categoria, em classe adequada ao preços base do procedimento, assim como na exigência de requisitos mínimos de acesso ao concurso público diretamente relacionados com a capacidade técnica dos concorrentes, que puseram também em causa princípios estruturantes da atividade administrativa e da contratação pública, com saliência para os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade e da concorrência, acolhidos nos art.ºs art.º 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, 3.º e 5.º do CPA, e 1.º, n.º 4, do CCP, são passíveis de constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada al. c), por se mostrarem, pelo menos em abstrato, suscetíveis de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato, a configurar-se a hipótese de terem sido afastados do procedimento outros potenciais interessados em contratar que pudessem apresentar propostas com condições porventura mais vantajosas para a SRE do que a empresa adjudicatária.

²³ Como sustentam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in op.cit, pág. 484., “[n]ão esclarecendo a lei (...) que tipo ou espécie de documentos podem ser exigidos pelos programas de procedimento, convém destacar (...) que não podem ser documentos reveladores da (maior) capacidade técnica (muito menos financeira) do adjudicatário”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Contudo, embora se reconheça que as exigências feitas terão projetado a apreciação das propostas para domínios de exercício de uma discricionariedade que a lei não admite, refletindo-se em abstrato na delimitação do universo dos potenciais destinatários do procedimento, não poderá, ainda assim, deixar de ser tido na devida conta, por um lado, que a SRE ainda não foi objeto de qualquer recomendação incidente sobre as questões de legalidade aqui apontadas e, por outro lado, que não se pode dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato, uma vez que das cinco propostas apresentadas a concurso (das quais apenas duas foram admitidas), a proposta sobre a qual recaiu a adjudicação era a que apresentava o mais baixo preço, sendo por isso aquela que comportava maiores vantagens financeiras para o contraente público.

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*, recomendando à SRE que:

- a) Quando decidir contratar ao abrigo de um concurso público, se confine ao estrito cumprimento das normas do CCP que enformam e disciplinam este procedimento adjudicatório, com ênfase para as previstas nos art.ºs 130.º a 148.º, abstendo-se nomeadamente de formular exigências ilegais suscetíveis de cercear a concorrência;
- b) Sempre que, no domínio da contratação pública e em face das necessidades a satisfazer, considere necessário impor requisitos mínimos de aferição da capacidade técnica dos agentes económicos atuantes no mercado, recorra ao concurso limitado por prévia qualificação, regulado pelos art.ºs 162.º a 192.º do CCP, e que comporta uma fase prévia de qualificação;
- c) Apenas solicite a apresentação de documentos de habilitação ao adjudicatário, como preconiza o art.º 81.º do CCP, e se alcança da interpretação *a contrario* do art.º 57.º deste Código;
- d) Nas situações em que as prestações a contratar dependam legalmente da posse de alvará de construção, emitido pelo InCI, IP, dê pleno acatamento aos art.ºs 81.º, n.º 6, e 132.º, n.º 1, al. f), do CCP, garantindo que a(s) classe(s) das autorizações exigidas se ajustam ao valor das propostas e não ao preço base do procedimento pré-contratual, por esta última exigência se revelar desproporcional e limitativa da concorrência.

Na medida em que as ilegalidades detetadas do âmbito da apreciação deste processo de fiscalização prévia são passíveis de configurar ilícitos financeiros, enquadráveis na previsão normativa da al. l) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º LOPTC, decide-se ainda mandar prosseguir o processo para efeitos de apuramento de eventuais responsabilidades financeiras.

São devidos emolumentos, no montante de 275,95€.

Notifique-se o Senhor Secretário Regional da Educação e Recursos Humanos, e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet* e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 20 de março de 2015.

A JUÍZA CONSELHEIRA

(Laura Tavares da Silva)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

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

(Nuno A. Gonçalves)