



## DECISÃO N.º 2/FP/2015

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 21 de outubro de 2015, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de repavimentação da Estrada de Santa Clara, Rua João Ricardo Ferreira César e Caminho Velho da Marinheira, celebrado, em 6 de agosto de 2015, entre a Câmara Municipal de Câmara de Lobos (CMCL) e a empresa *José Avelino Pinto - Construção & Engenharia, S.A.*, pelo preço de 374 617,50€ (s/IVA).

### I - OS FACTOS

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

- a) Em 17 de agosto de 2015 deu entrada nesta Secção Regional, para efeito de submissão a fiscalização prévia, o contrato da empreitada de repavimentação da Estrada de Santa Clara, Rua João Ricardo Ferreira César e Caminho Velho da Marinheira, celebrado, em 6 de agosto de 2015, entre a CMCL e a empresa *José Avelino Pinto - Construção & Engenharia, S.A.*, pelo preço de 374 617,50€ (s/IVA).
- b) A contratação desta empreitada, sujeita ao regime do Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>1</sup>, foi autorizada por despacho do vereador com o pelouro do Urbanismo e Ordenamento do Território (António Bruno de Freitas Coelho), exarado em 15 de junho de 2015 – no uso das competências subdelegadas pelo Presidente da CMCL através do despacho GPR-DP-025-2015, de 30 de abril –, na “*Informação de abertura*” que acolheu a proposta formalizada pela Técnica Superior Tânia Rodrigues que mereceu parecer positivo de Edite Gomes Henriques aposto na mesma informação tendo, ao abrigo daquele ato, sido também aprovadas as peças procedimentais.
- c) O procedimento adjudicatório adotado foi, na situação em apreço, o concurso público, publicitado por anúncio inserido no Diário da República, II Série, n.º 114, de 15 de junho passado, tendo sido fixado como preço base o valor de 398 772,50€.
- d) O artigo 12.º, alínea b), do programa do procedimento, definiu como um dos documentos de habilitação a apresentar pelo adjudicatário, “[*n*]os termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 81.º do CCP, alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo INCI, contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar”.
- e) Dentro do prazo fixado para o efeito apresentaram propostas os cinco concorrentes identificados no quadro *infra*, conforme se extrai do relatório preliminar elaborado pelo júri do concurso em 15 de julho seguinte, tendo sido excluídas duas pelos motivos também abaixo apontados:

<sup>1</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, objeto da Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2009, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro (que o republicou), pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelos Decretos-Lei n.ºs 131/2010, de 14 de dezembro, 69/2011, de 15 de junho, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelos Decretos-Lei n.ºs 117-A/2012, de 14 de junho, 149/2012, de 12 de julho, e 214-G/2015, de 2 de outubro.

CONCORRENTES	ADMITIDO	EXCLUÍDO	FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO	FUNDAMENTAÇÃO LEGAL
RIM - CONSTRUÇÕES MADEIRENSES, LDA.		X	O preço contratual seria superior ao preço base	Art.ºs 70.º e 146.º, n.ºs 2 e 3, do CCP
MÁXIMA DINÂMICA - REPARAÇÕES E CONSTRUÇÕES, LDA.		X	O preço contratual seria superior ao preço base	Art.ºs 70.º e 146.º, n.ºs 2 e 3, do CCP
JOSÉ AVELINO PINTO, CONSTRUÇÃO E ENGENHARIA, S.A.	X			
TECNOVIA MADEIRA, SOCIEDADE DE EMPREITADAS, S.A.	X			
AFAVIAS - ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, S.A.	X			

- f) Analisadas e classificadas as propostas à luz do critério de adjudicação adotado, e que, de acordo com o artigo 11.º, n.º 1, do programa do procedimento, era o do mais baixo preço, ficaram as mesmas assim ordenadas, como se alcança do mesmo relatório:

Ordenação	Propostas	Concorrentes
1	374 617,50 Euros	JOSÉ AVELINO PINTO, CONSTRUÇÃO E ENGENHARIA, S.A.
2	396 600,00 Euros	TECNOVIA MADEIRA, SOCIEDADE DE EMPREITADAS S.A.
3	398 258,75 Euros	AFAVIAS - ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, S.A.

- g) No n.º 2 do mesmo artigo 11.º ficou salvaguardado que “[n]o caso de haver propostas com o mesmo preço, o desempate” seria “efetuado a favor da proposta que” apresentasse “o preço unitário mais baixo no artigo 2.3.2 da Lista de todas as espécies de trabalhos previstos no Caderno de Encargos” e no n.º 3 que “[n]o caso de ainda persistir um empate” seria “considerada a ordem cronológica de receção das propostas, beneficiando a que for apresentada primeiramente”.
- h) Em face do resultado vertido no relatório preliminar, e na medida em que não foram registadas pronúncias pelos interessados em sede de audiência prévia, o vereador António Bruno de Freitas Coelho, por meio de despacho proferido na “*Informação de adjudicação*” deu acolhimento ao proposto no relatório final pelo júri do concurso em 24 de julho p.p., adjudicando a obra vertente ao concorrente *José Avelino Pinto, Construção e Engenharia, S.A.*, pelo preço de 374 617,50€ (s/IVA), tendo o correlativo contrato sido assinado em 6 de agosto último.
- i) No âmbito da verificação preliminar do processo foi solicitado à CMCL, através do ofício ref.ª UAT I/212, de 1 de setembro último, que, entre outros aspetos:
- Explicasse como reputava possível que o programa do concurso não tivesse identificado expressamente a autorização (ou autorizações) constante(s) do alvará de construção tida(s) por necessária(s) à execução dos trabalhos abrangidos pela empreitada, quando a posse dessa informação constituía um aspeto determinante da formação da vontade de contratar dos destinatários do procedimento adjudicatório, e que



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

- Não configurando o procedimento de formação do contrato um concurso público urgente, se indicasse o fundamento legal para o critério de desempate definido no ponto 3 do art.º 11.º do programa do procedimento não se reconduzir aos aspetos da proposta que foram submetidos à concorrência (cfr. o art.º 160.º, n.º 1, do CCP).

j) Em resposta à primeira das questões suscitadas veio o Presidente da Edilidade alegar que *“[i]sto deve-se ao facto de que o CCP não permite que a entidade pública adjudicante exija dos concorrentes a apresentação de documentos de habilitação, incluindo os alvarás, obrigação que impende apenas sobre o adjudicatário, por ocasião da notificação da decisão da adjudicação, e não sobre os concorrentes.*

*No âmbito do CCP, a entidade adjudicante não necessita especificar nas peças de procedimento as autorizações que o alvará deverá conter, bastando-lhe referir que o mesmo (adjudicatário) deverá apresentar de conformidade com o estipulado com o artigo 81.º n.º 2 e 3 do CCP, e como determina o artigo 12.º do programa de procedimento em apreço”.*

*Já “[s]obre os critérios de desempate, note-se que se trata de dois critérios, hierarquizados (...). O critério definido no ponto 3 do art.º 11.º apresenta-se sobretudo como um critério pragmático e objetivo, entendeu esta edilidade ao abrigo do art.º 10.º do Código Civil (CC), recorrer a normas análogas existentes no sistema jurídico, e que incluindo este ponto estaria a prevenir uma possível situação de persistência de empate, uma vez que o próprio legislados assim o definiu no n.º 2 do artigo 160.º do CCP”.*

## II - O DIREITO

Da matéria de facto exposta no ponto antecedente emergem duas questões de legalidade com relevância para a presente decisão e que se reportam às exigências estabelecidas (ou à indefinição das mesmas) pela entidade adjudicante para efeitos de acesso ao procedimento pré-contratual e a um dos critérios de desempate adotados pela mesma entidade.

Em concreto, o programa do concurso não identificou expressamente a autorização (ou autorizações) constante(s) do alvará de construção tida(s) por necessária(s) à execução dos trabalhos abrangidos pela empreitada e, por outro lado, indicou como critério de desempate a ordem cronológica de receção das propostas beneficiando a que fosse apresentada primeiramente isto quando não estávamos perante um concurso público urgente.

Analiseemos cada uma destas situações de *per si*:

a) Conforme já se deixou vincado, a CMCL, na qualidade de entidade adjudicante, não definiu, nas peças do procedimento que antecedeu a outorga do contrato submetido a fiscalização prévia, as exigências em matéria de habilitações técnicas que os empreiteiros interessados deveriam preencher para poderem ser admitidos a esse concurso público.

Tal omissão pôs em causa o disposto no art.º 132.º, n.º 1, al. f), conjugado com o art.º 81.º, n.º 2, do CCP.

Com efeito, demanda a al. f) do n.º 1 do art.º 132.º que “[o] programa do concurso público” indique “[o]s documentos de habilitação, directamente relacionados com o objecto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do disposto no n.º 6 do artigo

81.º” ou seja, que “[i]ndependentemente do objecto do contrato a celebrar, o adjudicatário deve ainda apresentar os documentos de habilitação que o programa do procedimento exija (...)”, enquanto o n.º 2 do art.º 81.º do mesmo diploma preceitua que, “[n]o caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada (...) de obras públicas, o adjudicatário (...) deve também apresentar os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar ou, no caso de o contrato respeitar a um lote funcionalmente não autónomo, as habilitações adequadas e necessárias à execução dos trabalhos inerentes à totalidade dos lotes que constituem a obra”.

Em reforço desses comandos o art.º 31.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Decreto-Lei (DL) n.º 12/2004, de 9 de janeiro<sup>2</sup> - diploma que estabelecia o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção – , inserido no *Capítulo VI - Obrigações dos donos das obras, das entidades licenciadoras e de outros* e tem como epígrafe *Exigibilidade e verificação das habilitações*, determinava o seguinte:

- “1. Nos concursos de obras públicas (...) deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.
2. A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.
3. Os donos de obras públicas (...) devem assegurar que as obras sejam executadas por detentores de alvará ou título de registo contendo as habilitações correspondentes à natureza e ao valor dos trabalhos a realizar, nos termos do disposto nas portarias referidas nos n.ºs 4 e 5 do artigo 4.º e no n.º 5 do artigo 6.º”.

Normas cujo conteúdo o legislador procurou acautelar na Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que revogou o DL n.º 12/2004, e se encontra em vigor desde julho passado, designadamente nos seus art.ºs 8.º<sup>3</sup> e 29.º, n.º 1<sup>4</sup>, para onde desde já se remete.

Dito de outro modo, a CMCL, a par de outros donos de obras públicas, encontrava-se compelida, por força dos citados n.ºs 1 e 3 do art.º 31.º do DL n.º 12/2004, a garantir que as empreitadas que lançasse seriam executadas por detentores de alvará ou título de registo contendo as habilitações correspondentes à natureza e ao valor dos trabalhos a realizar, ou seja, na parte que respeita às autorizações do alvará, a identificar a “*única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo*”, podendo exigir outras subcategorias nas classes correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar.

---

<sup>2</sup> Alterado pelos DL n.ºs 18/2008, de 29 de janeiro, e 69/2011, de 15 de junho.

<sup>3</sup> Que preceitua que “(...) nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar”.

<sup>4</sup> Que impõe aos donos de obras públicas “(...) assegurar que as obras sejam executadas por empresas de construção devidamente habilitadas nos termos da presente lei (...)”.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

O que é o mesmo que dizer que a entidade adjudicante não pode deixar à consideração de cada concorrente as habilitações que o respetivo alvará deverá conter para poder aferir da sua capacidade para realizar uma obra pois isso equivaleria a subverter o sistema legal implementado para esse efeito e que se deixou acima destacado.

Assim, se é certo que “(...) o CCP não permite que a entidade adjudicante exija dos concorrentes a apresentação de documentos de habilitação, incluindo os alvarás, obrigação que impende apenas sobre o adjudicatário, por ocasião da notificação da decisão da adjudicação, e não sobre os concorrentes”, tal como alegou o Presidente da Edilidade, já não procede o entendimento de que “[n]o âmbito do CCP, a entidade adjudicante não necessita especificar nas peças de procedimento as autorizações que o alvará deverá conter, bastando-lhe referir que o mesmo (adjudicatário) deverá apresentar de conformidade com o estipulado com o artigo 81.º, n.º 2 e 3 do CCP, e como determina o artigo 12.º do programa de procedimento em apreço”.

Nesse sentido, veja-se Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira<sup>5</sup> que expressamente defendem que “[n]o caso dos procedimentos das (...) empreitadas de obras públicas, a habilitação profissional ou técnica exigida aos concorrentes é da titularidade de alvarás ou de títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, IP, que demonstrem estarem eles<sup>6</sup> aptos a realizar obras da categoria e classe daquelas que são objecto do procedimento”.

Tem-se assim por relevante que a CMCL, enquanto entidade adjudicante, tinha a obrigação de especificar e publicitar, no programa do concurso, a subcategoria, em classe que cobrisse o valor global da proposta, que os potenciais concorrentes deveriam possuir para poderem ser admitidos ao concurso, para além das classes de outras subcategorias correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar, conforme subjaz aos art.ºs 132.º, n.º 1, al. f), 81.º, n.º 2, do CCP, e 31.º, n.ºs 1 e 3, do DL n.º 12/2004, e que a inobservância desses comandos legais inquina a validade desse procedimento determinando a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do art.º 163.º, n.º 1, do Novo Código do Procedimento Administrativo<sup>7</sup>, a qual se transmite ao contrato ao abrigo do n.º 2 do art.º 283.º do CCP.

- b) No tocante ao segundo dos critérios de desempate adotado pela CMCL no âmbito do procedimento que presidiu à escolha da entidade cocontratante se ter reconduzido à ordem cronológica da apresentação a concurso das propostas cumpre notar que no quadro normativo traçado pelo CCP só o regime jurídico que disciplina o concurso público urgente contempla um critério de desempate para as propostas, o qual, com efeito, faz recair a adjudicação sobre a que tiver sido entregue mais cedo, como se retira do art.º 160.º, n.º 2.

Todavia, o recurso à referida modalidade procedimental depende da verificação cumulativa dos pressupostos enunciados no art.º 155.º, entre os quais se conta precisamente a urgência na celebração de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente para a entidade adjudicante e de valor inferior aos limiares aí indicados.

---

<sup>5</sup> In “Concursos Públicos e outros procedimentos de contratação pública”, Almedina, 2011, pág. 482.

<sup>6</sup> “Individualmente, no caso de concorrentes isolados, e adicionalmente ou com os restantes membros, no caso de agrupamentos, nos termos das alíneas b) e c) do art. 84.º/1, ou com os empreiteiros a subcontratar no caso de subcontratação, nos termos do art. 81.º/3”.

<sup>7</sup> Aprovado pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

É certo que o critério de desempate ligado ao momento de entrega das propostas reveste um carácter inegavelmente objetivo, o que faria com que, numa abordagem mais imediatista, a sua adoção no âmbito do concurso público como critério determinante da adjudicação pudesse, à semelhança do que ocorre no domínio do concurso público urgente, ser encarada como um garante dos princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, tidos como estruturantes da contratação pública e legalmente consagrados no art.º 1.º, n.º 4, do CCP.

Porém, como assinala Margarida Olazabal Cabral<sup>8</sup>, não pode olvidar-se que, no caso dos procedimentos que visem a celebração de contratos abrangidos pela disciplina das Diretivas Comunitárias, mormente empreitadas e aquisição de serviços e concessões de obras públicas e de serviços públicos, os critérios de adjudicação têm necessariamente de reportar-se a atributos (aspetos ou elementos) das propostas.

Posto isto, e ressalvada a exceção legal acima assinalada do concurso público urgente em que a celeridade procedimental constitui um aspeto fulcral da sua caracterização, o processo adjudicatório há de assentar nos atributos (ou, de forma mais abrangente, no conteúdo) da proposta devendo o momento de apresentação desta no domínio específico do concurso público relevar apenas para efeitos da sua admissibilidade formal.

Embora este entendimento, que o Tribunal de Contas tem vindo a assumir na sua jurisprudência<sup>9</sup>, tenha sido delineado na perspetiva do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, não se vê, contudo, razão para o mesmo não ser igualmente válido para as situações em que o critério de adjudicação seja o do preço mais baixo e o valor total das propostas seja decomponível.

Com efeito, e contrariamente à posição sustentada pelo Município, quando o preço total das propostas resultar da soma de vários preços parciais, será viável e estará em linha com os princípios da contratação pública atrás enunciados atender a tais preços decompostos para resolver uma situação de empate decorrente da ponderação daquele atributo, assegurando-se assim que o fundamento da escolha da entidade cocontratante ainda se reconduza ao conteúdo das propostas admitidas ao procedimento pré-contratual, tal como sucedeu com o primeiro dos critérios de desempate definidos no n.º 2 do artigo 11.º do programa do concurso

No caso *sub judice*, porém, não emanaram quaisquer consequências jurídicas do segundo dos critérios de desempate estipulados, que se consubstanciou na ordem cronológica da apresentação a concurso das propostas com benefício da que fosse apresentada primeiramente, mormente por não ter havido lugar à aplicação prática desse critério.

Já a não inserção no programa do concurso, da referência à subcategoria, em classe que cobrisse o valor global da proposta, que os interessados deveriam possuir para poderem ser admitidos, e às demais classes de outras subcategorias correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar, é suscetível de ter alterado o resultado financeiro do contrato na decorrência de uma eventual redução do universo de potenciais concorrentes porquanto a posse dessa informação constituía um aspeto determinante da formação da vontade de contratar dos destinatários do procedimento adjudicatório e, por inerência, da diminuição do número de propostas recebidas, limitando, previsivelmente, a escolha da Administração de outras propostas com condições porventura mais vantajosas do que a da empresa adjudicatária.

---

<sup>8</sup> In “O concurso público no CCP”, in *Estudos da Contratação Pública I*, pág. 25.

<sup>9</sup> Vd. os Acórdãos n.ºs 1/2013, de 8 de janeiro - 1.ª S/SS, e 4/2013, de 15 de maio - 1.ª S/PL.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

Não poderá, contudo, deixar de ser tido na devida conta, por um lado, que a CMCL ainda não foi objeto de qualquer recomendação incidente sobre a questão de legalidade aqui apontada 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 três foram admitidas) aquela sobre a qual recaiu a adjudicação era a que apresentava o mais baixo preço sendo, por isso, a que comportava maiores vantagens financeiras para o contraente público.

Termos em que se conclui que, não obstante estejamos perante uma ilegalidade reconduzível à violação das normas ínsitas aos art.ºs 132.º, n.º 1, al. f), e 81.º, n.º 2, do CCP, e 31.º, n.ºs 1 e 3 do DL n.º 12/2004, tal constitui fundamento para a recusa do visto ao abrigo da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, alterada e republicada pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março, o que permite que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da mesma Lei, de conceder o visto e recomendar que, futuramente, o Serviço evite a prática censurada.

### 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 CMCL que nos procedimentos pré-contratuais de natureza concorrencial que desencadear no futuro:

- a) Especifique e publicite nos respetivos programas a subcategoria, em classe que cubra o valor global da proposta, e as classes noutras subcategorias correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar, que os potenciais interessados devem possuir para a eles poderem ser admitidos, com respeito pelo ordenado pelos art.ºs 132.º, n.º 1, al. f) e 81.º, n.º 2, do CCP, e 8.º e 29.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2015, na medida que a posse dessa informação constitui um aspeto determinante da formação da vontade de contratar dos destinatários do procedimento adjudicatório.
- b) Defina critérios de desempate que se reconduzam ao conteúdo das propostas, nada obstando, por isso, a que, quando o critério de adjudicação adotado seja o do mais baixo preço e o valor das propostas resulte da soma de preços decompostos se atenda a algum ou alguns desses preços parciais para efeitos de desempate.

São devidos emolumentos, no montante de 374,62€.

Notifique-se o Senhor Presidente da Câmara Municipal de Câmara de Lobos e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet* e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 21 de outubro 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)*