



PROC. N.º 119/2021 (F.P.)

DECISÃO N.º 123/FP/2021

I. INTRODUÇÃO

Vem submetido a fiscalização prévia em sessão da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas: o contrato da aquisição de serviços de manutenção preventiva e corretiva de instalações elétricas equipamentos hoteleiros, sistemas AVAC, AQS e de tratamento de águas das piscinas nas infraestruturas sob tutela da SRE – Lote 2, outorgado a 16 de setembro de 2021 entre a RAM, através da SRE, e a empresa *OpenLine Facility Services, S.A.*, pelo preço contratual de 391 740,00€ (s/IVA).

A SRE remeteu à Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas a de 29 de setembro, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato já identificado.¹

No âmbito da verificação preliminar, o respetivo processo foi devolvido à SRE a 12 de outubro passado² a fim de serem facultados documentos complementares e prestados esclarecimentos, o que veio a acontecer no dia 25 seguinte³, tendo a SRE respondido cabalmente a tudo o que havia sido solicitado.

No entanto, quando reverificado o processo, foi detetada uma questão que necessitou de ser clarificada, razão pela qual decidi, pelo Despacho n.º 43/FP/2021 de 11 de novembro, nova devolução do mesmo, instando a SRE a providenciar no sentido de enquadrar legalmente os critérios de desempate na avaliação das propostas, fixados no artigo 18.º n.º 1 alínea b) e n.º 2 alínea b) do programa de procedimento, na medida em que o mesmo põe em causa o regime do concurso limitado por prévia qualificação previsto nos art.ºs 162.º e ss. Designadamente, (i) porque o concurso limitado por prévia qualificação comporta duas fases perfeitamente distintas, o qual não permite a utilização, na segunda dessas fases – a de apresentação e análise das propostas e adjudicação – de critérios utilizados na primeira – de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos – e (ii) porque tal opção desrespeita a disciplina definida para o critério de desempate nos art.ºs 74.º e 75.º do CCP.

Em resposta, prestada no dia 17 novembro p.p., através do ofício com a entrada n.º 2803/2021, foi exposta a seguinte factualidade:

“1 - O procedimento suprarreferido foi lançado na plataforma ACINGOV no dia 26 (vinte e seis) do mês de abril do corrente ano. A Lei n.º 30/2021, a qual veio introduzir diversas alterações ao CCP, entre as quais se destacam as referentes aos critérios de desempate e onde se concretizaram clarificações a esta matéria, tendo sido publicada na 1.ª série, n.º 99 do Diário da República, no dia 21 (vinte e um) do mês de maio.

¹ Através dos seus ofícios n.ºs 2331 e 2332/2021.

² Vide o ofício n.º 3588/2021.

³ A coberto do ofício n.º 2602/2021.



2 - Não obstante, e na sequência da questão suscitada por V. Exas., constata-se que, efetivamente, o segundo critério de desempate definido no artigo 18.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 alínea b) do programa do procedimento não diz respeito ao objeto do contrato a celebrar, pelo que não deveria ali constar.

3 - Não obstante tal definição, sempre se poderá dizer que apenas se recorreria ao critério em questão caso houvesse mais do que um concorrente, caso duas propostas tivessem exatamente o mesmo preço e caso o primeiro critério estabelecido (de forma correta) não fosse efetivo e mantivesse o empate.

4 - Assim sendo, a definição errónea, reconhecemos, do segundo critério de desempate não teve influência na decisão final do procedimento.

5 - Em procedimentos futuros serão sempre utilizados os critérios de desempate enquadrados com a legislação vigente à data, nomeadamente os que digam respeito ao objeto do contrato a celebrar”.

Feita a sua análise final do contrato público enviado a fiscalização prévia, a UAT I apresentou-me o seu Relatório n.º 26/2021.

Pese embora, na sua resposta, a entidade fiscalizada assuma o lapso na elaboração do programa de procedimento no que tange à fixação dos critérios de desempate e se comprometa a não o repetir em procedimentos pré-contratuais que venha a lançar, tal pode não se mostrar suficiente para “eliminar” a ilegalidade detetada; pelo que cumpre apreciá-la por conta dos efeitos jurídicos que a deficiente definição dos critérios de desempate das propostas acarretou ou poderia acarretar.

*

II. FUNDAMENTOS

FACTOS

1

No dia 22 de janeiro de 2021, o chefe da Unidade Flexível da Divisão de Manutenção de Equipamentos, Norberto Gonçalves, dirigiu ao Diretor Regional de Planeamento, Recursos e Infraestruturas, Gonçalo Nuno Araújo, uma comunicação interna registada na mesma data⁴ com um pedido de autorização para a abertura “de um procedimento concursal em dois lotes, para um período de 36 meses, ambos, a ter início na segunda quinzena de Outubro de 2021”, que se reconduziu à adjudicação dos dois lotes ora em apreço.

2

O Diretor Regional de Planeamento, Recursos e Infraestruturas, por sua vez, despachou (sem data) à Direção de Serviços de Apoio Jurídico que informasse sobre a referida proposta, o que aconteceu através de parecer do respetivo Diretor, do dia 27 seguinte; pronunciou-se, entre outros aspetos, no sentido de que o procedimento mais indicado para o efeito seria o concurso limitado por prévia qualificação, em

⁴ Com a entrada n.º 204/2021.

R.

virtude de “as prestações de serviço objeto dos contratos a celebrar a Direção Regional não” dispor “de quadros técnicos especializados, bem como a especificidades quer dos equipamentos a intervir (alguns com gases fluorados) quer das habilitações dos técnicos que neles vão intervir”.

3

Assim, foram aprovadas as peças procedimentais do concurso limitado por prévia qualificação de âmbito internacional tendente à execução da “aquisição de serviços de manutenção preventiva e corretiva de instalações elétricas equipamentos hoteleiros, sistemas AVAC, AQS e de tratamento de águas das piscinas nas infraestruturas sob tutela da Secretaria Regional da Educação, Ciência e Tecnologia”, por despacho do respetivo Secretário Regional, Jorge Maria Abreu de Carvalho, no dia 26 de abril de 2021, enquanto entidade com competência para autorizar a correspondente despesa, tendo o necessário anúncio sido publicado no Diário da República, II Série, n.º 79, de 23 de abril, e no Jornal Oficial da União Europeia, de 27 de abril.⁵

4

O procedimento teve por objeto a “manutenção preventiva e corretiva de instalações elétricas, equipamentos hoteleiros, sistemas AVAC, AQS e de tratamento de águas de piscinas nas infraestruturas sob tutela da SRE-DRPRI, onde se inclui a substituição de materiais e consumíveis necessários ao bom funcionamento dos equipamentos e sistemas enquadrados em cada um dos dois LOTES”, visando “garantir a conservação dos bens e as condições de funcionalidade, de segurança, de conforto, de utilização eficiente de energia, de salubridade do ar, de qualidade da água de piscinas em instalações desportivas, infantários, centros de juventude e de estabelecimentos de ensino, incluindo as instalações dos serviços que as tutelam” (vide os n.ºs 1 e 2 da Cláusula 1.ª do caderno de encargos).

5

O lote 1 contemplava a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de instalações elétricas, de sistemas AVAC (aquecimento, ventilação e ar condicionado), AQS (águas quentes sanitárias) e de tratamento de águas de piscinas nas infraestruturas sob tutela da SRE-DRPRI, enquanto o lote 2 abarcava a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos hoteleiros nas infraestruturas sob tutela da SRE-DRPRI (vide os n.ºs 3.1 e 3.2 da mesma Cláusula 1.ª).

⁵ Em sede de verificação preliminar do processo, a SRE foi instada a esclarecer como se reputava possível que o aviso do procedimento tivesse sido publicado no Diário da República a 23 de abril de 2021 quando o despacho de autorização de abertura do mesmo datava do dia 26 seguinte. Em resposta foi trazido que: “A tramitação do procedimento na plataforma eletrónica AcinGOV só fica completa após a publicação do Anúncio do procedimento na II Série, parte L, do Diário da República e a sua inserção naquela plataforma. Só após esta fase é que a entidade com competência para autorizar a despesa, no caso em apreço, o Senhor Secretário Regional de Educação, Ciência e Tecnologia, pode lançar o procedimento na plataforma. Como referido, o anúncio foi publicitado no Diário da República no dia 23, sexta-feira e inserido na plataforma no mesmo dia. No dia 26/4/2021, segunda-feira, foi dado o despacho de “aprovo as peças do procedimento, lance-se ao mercado”. O despacho foi de aprovação das peças processuais e de, após o procedimento estar completo na plataforma AcinGOV (o que inclui o Anúncio do procedimento publicado), submetê-lo à concorrência”; o que este tribunal aceita.



11.

6

Nos termos da Cláusula 6.^a da primeira parte do caderno de encargos e da Cláusula 5.^a da segunda parte da mesma peça procedimental, o contrato deveria ser executado durante três anos consecutivos.

7

O valor base para o lote 1 foi fixado nos 900 000,00€ e para o lote 2 nos 450 000,00€, correspondendo ao valor total base do procedimento de 1 350 000,00€ (todos s/IVA) (vide as Cláusulas 11.^a n.º 3 e a Cláusula 10.^a da primeira e da segunda parte do caderno de encargos, respetivamente).

8

Segundo o artigo 9.º do programa do procedimento, a qualificação dos candidatos para cada lote assentaria no modelo simples de qualificação (n.º 1) e todos os candidatos que preenchessem os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira do lote a que concorressem seriam qualificados e convidados a apresentar proposta.

10

Os requisitos mínimos de capacidade técnica para cada lote foram (vide o artigo 10.º do programa do procedimento):

“1 - Para o LOTE 1:

Quadro de pessoal – a empresa, cumulativamente, habilitada com o alvará na 12ª subcategoria da 4ª categoria onde se enquadram os trabalhos de instalação e manutenção de AVAC e com certificação para instalação, manutenção ou assistência técnica em equipamentos fixos de refrigeração, ar condicionado e bombas de calor que contenham gases fluorados com efeito de estufa, apresentará, no mínimo, um quadro técnico de acordo com uma das três opções que facultamos para a constituição da equipa técnica, conforme se indica

Habilitações do Quadro técnico (opção 1)	Habilitações do Quadro técnico (opção 2)	Habilitações do Quadro técnico (opção 3)
Eng.º Mecânico ou Eletromecânico	Eng.º Mecânico ou Eletromecânico	Eng.º Mecânico ou Eletromecânico + TIM III
Eng.º Eletrotécnico	Eng.º Eletrotécnico	Eng.º Eletrotécnico
Técnico de Tratamento Águas	Técnico de Tratamento Águas	Técnico de Tratamento Águas
Técnico AVAC (TIM III)	Técnico AVAC (TIM III) + Gases Fluorados (CAT. I)	Técnico AVAC (TIM III) + Gases Fluorados (CAT. I) + Mecânico Aparelhos Gás
Técnico Eletromecânico	Técnico Eletromecânico + Mecânico Aparelhos Gás	Técnico Eletromecânico



Habilitações do Quadro técnico (opção 1)	Habilitações do Quadro técnico (opção 2)	Habilitações do Quadro técnico (opção 3)
Ajudante Eletromecânico/Eletricista	Ajudante Eletromecânico/Eletricista	Ajudante Eletromecânico/Eletricista
Oficial Eletricista + ITED + trabalho em altura	Oficial Eletricista + ITED + trabalhos em altura	Oficial Eletricista + ITED + trabalhos em altura
Canalizador especialista	Canalizador especialista	Canalizador especialista
Mecânico Aparelhos a Gás		
Técnico de Gases Fluorados (CAT.I)		
10 técnicos devem possuir total de 12 certificações/habilitações	Mínimo 8 técnicos que respeite as combinações habilitações aqui indicadas	Mínimo 8 técnicos que respeite as combinações habilitações aqui indicadas

Qualquer que seja a opção de apresentação do quadro técnico que o candidato adote, deve respeitar as combinações de habilitações e o número mínimo de técnicos exigido, tendo em conta que cada técnico apresentado deve, no mínimo, possuir uma das habilitações indicadas na cláusula 8ª do CEI e no conjunto o quadro técnico deve contemplar todas habilitações e os demais requisitos mínimos de experiência profissional exigidos, sob pena de exclusão.

2 - Para o LOTE 2:

Quadro de pessoal – a empresa, cumulativamente, habilitada com o alvará na 12ª subcategoria da 4ª categoria onde se enquadram os trabalhos de instalação e manutenção de Ventilação de cozinhas e de Refrigeração e com certificação para instalação, manutenção ou assistência técnica em equipamentos fixos de refrigeração, ar condicionado e bombas de calor que contenham gases fluorados com efeito de estufa, apresentará, no mínimo, um quadro técnico de acordo com uma das três opções que facultamos para a constituição da equipa técnica, conforme se indica:

Opção 1	Opção 2	Opção 3
Eng.º Mecânico ou Eletromecânico	Eng.º Mecânico ou Eletromecânico	Eng.º Mecânico ou Eletromecânico
Mecânico Aparelhos a Gás	Mecânico de Aparelhos a Gás + Instalador de Redes de Gás	Instalador de Redes de Gás
Instalador de Redes de Gás*		
Técnico Eletromecânico	Técnico Eletromecânico	Técnico Eletromecânico + Mecânico de Aparelhos a Gás
Técnico de Gases Fluorados (CAT.I ou CAT.II)	Técnico de Gases Fluorados (CAT.I ou CAT.II)	Técnico de Gases Fluorados (CAT.I ou CAT.II)
5 técnicos devem possuir total de 5 certificações/habilitações	Mínimo 4 técnicos que respeite as combinações habilitações aqui indicadas	Mínimo 4 técnicos que respeite as combinações habilitações aqui indicadas



*Uma vez que o instalador de redes de gás não está habilitado a intervir nos equipamentos não pode ser contabilizado como um técnico num quadro com um número de técnicos inferior a 4.

Qualquer que seja a opção de apresentação do quadro técnico que o candidato adote, deve respeitar as combinações de habilitações e o número mínimo de técnicos exigido, tendo em conta que cada técnico apresentado deve, no mínimo, possuir uma das habilitações indicadas na cláusula 7.ª do CE2 e no conjunto o quadro técnico deve contemplar todas habilitações e os demais requisitos mínimos de experiência profissional exigidos, sob pena de exclusão”.

11

Os requisitos mínimos de capacidade técnica estavam assim fixados (vide o artigo 11.º do mesmo programa):

“1 – A capacidade financeira para cada LOTE baseia-se, pelo menos, no requisito mínimo traduzido pela expressão matemática constante do Anexo IV do CCP, ou seja:

$$VLi \times t \leq R \times f$$

Sendo que:

VLi — onde $i=1,2$ ($VL1$ – Preço base para o LOTE 1; $VL2$ – Preço base para o LOTE 2) o preço base de cada LOTE, quando fixado nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 47.º do CCP ou, na falta dessa fixação, o valor económico estimado do contrato, a estabelecer no programa do concurso, exclusivamente para efeitos da avaliação da capacidade financeira dos candidatos;

t — a taxa de juro EURIBOR, a seis meses, acrescida de 200 pontos base, divulgada à data da publicação do anúncio do concurso no Diário da República;

f — valor fixado em 1;

R — o valor médio dos resultados operacionais do candidato nos últimos três exercícios, calculado com recurso a:

			-3	-2	-1
A	+	Rendimentos operacionais			
B	-	Gastos operacionais			
C	+ /-	(Gastos/reversões) de depreciação e de amortização			
D	+ /-	(Perdas/reversões) Imparidade de investimentos depreciáveis/amortizáveis			
EBITDA = A – B + C + D					
$R = (EBITDA (n-3) + EBITDA (n-2) + EBITDA (n-1)) / 3$					



- No caso do candidato se ter constituído há menos de 3 exercícios, para efeitos do cálculo de "R" só são tidos em conta os resultados operacionais do candidato nos exercícios concluídos, sendo o denominador da função adaptado em conformidade.

- Da mesma forma, tendo em conta o contexto atual de pandemia em que o sector da hotelaria foi significativamente afetado e onde empresas desta área técnica prestam serviços, para efeitos de avaliação da capacidade financeira, o candidato poderá optar por apresentar apenas os exercícios de 2018 e 2019, sendo o denominador da função adaptado em conformidade.

2 – No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira, desde que, relativamente a cada requisito:

a) Algum dos membros que o integram o preencha individualmente; ou

b) Alguns dos membros que o integram o preencham conjuntamente, quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido.

3 – Nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 164.º do CCP, desde que salvaguardado o limite definido no n.º 3 do artigo 165.º do mesmo diploma legal, considera-se que equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira:

a) A apresentação de declaração bancária a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 179.º do CCP, conforme modelo constante do Anexo I do presente Programa de Concurso (a que corresponde o Anexo VI do CCP) e do qual faz parte integrante, ou

b) 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".

12

O artigo 17.º do programa do concurso determinava que o critério de adjudicação seria "o do preço mais baixo apresentado para cada LOTE ou para a totalidade dos mesmos, conforme estipulado na alínea b) do n.º 1 do artigo 74º do CCP", i.e., a avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar; encontrando-se o critério de desempate assim definido no artigo 18.º:

"No caso de duas ou mais propostas apresentarem o mesmo preço para cada LOTE, os critérios de desempate adotados serão os seguintes e pela ordem que se discrimina:

1- LOTE 1

a) O candidato que apresente o menor VCI para a infraestrutura desportiva CPOF (Complexo de piscinas Olímpicas do Funchal);

b) O candidato que demonstrar maior capacidade financeira na fase de candidatura.

2- LOTE 2

a) O candidato que apresente o menor VCI para o estabelecimento de ensino Edifício Ribeira Seca da B1ºC com PE Eng.º Luís Santos Costa;

b) O candidato que demonstrar maior capacidade financeira na fase de candidatura".

13

Apresentaram candidaturas as empresas Sótécnica, Sociedade Eletrónica, S.A., Openline Facility Services, S.A., e CME – Construção e Manutenção Eletromecânica, S.A. e o agrupamento constituído pelas firma Undel, Engenharia Elétrica, Lda., Opertec – Operação e Manutenção de Instalações, Lda. e HidroCNT, Instalações Mecânicas, Lda..

14

Após a análise das candidaturas e a aplicação às mesmas do critério de qualificação, o júri elaborou os relatórios preliminar e final a 14 e a 22 de junho de 2021, respetivamente, nos quais propôs, por unanimidade, a qualificação dos candidatos *Sótécnica, Sociedade Eletrónica, S.A. e Openline Facility Services, S.A.*

15

Nos mesmos relatórios, o júri também propôs a exclusão das candidaturas da empresa *CME - Construção e Manutenção Eletromecânica, S.A.* e do *supra* identificado agrupamento, com fundamento na al. l) do n.º 2 do art.º 184.º do CCP, porque a sua análise revelara que esses candidatos não preenchiam os requisitos mínimos de capacidade técnica e/ou de capacidade financeira.

16

Notificadas da decisão de qualificação e, em simultâneo, do convite à apresentação de propostas, apenas a *Openline Facility Services, S.A.* se manifestou, tendo a sua proposta sido admitida e posteriormente vencedora por força do despacho do Secretário Regional da Educação, Ciência e Tecnologia de 11 de agosto de 2021.

QUESTÃO A RESOLVER

A ilegalidade de que aqui se cuida radica, conforme já se adiantou, na deficiente definição dos critérios de desempate das propostas vertidos nas als. b) do artigo 18.º do programa de procedimento, novamente transcritas:

“No caso de duas ou mais propostas apresentarem o mesmo preço para cada LOTE, os critérios de desempate adotados serão os seguintes e pela ordem que se discrimina:

1- LOTE 1

a) *O candidato que apresente o menor VCI para a infraestrutura desportiva CPOF (Complexo de piscinas Olímpicas do Funchal);*

b) *O candidato que demonstrar maior capacidade financeira na fase de candidatura.* (sublinhado nosso).

2- LOTE 2

a) *O candidato que apresente o menor VCI para o estabelecimento de ensino Edifício Ribeira Seca da B1°C com PE Eng.º Luís Santos Costa;*



b) O candidato que demonstrar maior capacidade financeira na fase de candidatura (sublinhado nosso).

O critério de adjudicação adotado (vide o artigo 17.º) era “o do preço mais baixo apresentado para cada LOTE ou para a totalidade dos mesmos, conforme estipulado na alínea b) do n.º 1 do artigo 74º do CCP”, ou seja, só seria avaliado o preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.

ANÁLISE JURÍDICA

§1º 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 e financeira que os candidatos devem preencher [cfr. os art.ºs 164.º n.º 1 al. h) e 165.º n.º 1, e 164.º n.º 4 e 165.º n.ºs 3 e 4 do CCP], requisitos esses a aferir na fase de qualificação (cfr. os art.ºs 184.º e ss. do mesmo diploma).

§2º O citado art.º 165.º n.º 1 do CCP estatui 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 de os candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar”.

§3º Por sua vez, o n.º 3 do mesmo art.º 165.º expressa que “os requisitos mínimos de capacidade financeira a que se refere o n.º 4 do artigo anterior não podem exceder o dobro do valor do contrato, salvo em casos devidamente justificados, designadamente quando se prenda com os riscos especiais associados à natureza do contrato, e 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”.

§4º Estas disposições foram respeitadas pela entidade adjudicante aquando da formulação dos artigos 10.º e 11.º do programa do procedimento, anteriormente transcritos.

§5º Ou seja, no que se reporta à fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, que integra o concurso limitado por prévia qualificação, não foram detetadas quaisquer inconformidades.



§6º Mas a questão que importa dilucidar prende-se, isso sim, com o facto de, para efeitos de definição de um dos critérios de desempate das propostas, ter-se lançado mão de aspetos já apreciados na sobredita fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, pois permitia a adjudicação ao “(...) candidato que demonstrar maior capacidade financeira na fase de candidatura”.

§7º Ou seja, a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação foi ou não pautada por uma desconformidade legal? Isto na medida em que não é legalmente permitido que sejam (ou se preveja que sejam) utilizados como critérios de adjudicação das propostas e, logicamente, como critérios para o desempate das mesmas, aspetos que já tenham sido apreciados para efeitos de análise da capacidade financeira (ou técnica) dos candidatos, como foi o caso e, por conseguinte, para efeitos da sua qualificação, na fase de apresentação e análise das propostas (à qual os candidatos qualificados chegam em igualdade de circunstâncias, tal como se de um concurso público se tratasse).

§8º Nesse sentido, veja-se o art.º 162.º n.º 1 do CCP, que estatui que “o concurso limitado por prévia qualificação rege-se, com as necessárias adaptações, pelas disposições que regulam o concurso público, em tudo o que não esteja especialmente previsto nos artigos seguintes”, e o art.º 200.º, que manda aplicar à análise das propostas apresentadas em sede de concurso limitado por prévia qualificação o disposto no art.º 139.º e, com as necessárias adaptações, o disposto nos art.ºs 146.º a 148.º, i.e., disposições que regem o modelo de avaliação das propostas nos termos previstos para o concurso público e o respeitante ao relatório preliminar, audiência prévia e relatório final.

§9º O concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento que integra duas fases, procedimento bifásico, portanto, duas fases perfeitamente distintas entre si, cingindo-se a primeira fase à apresentação das candidaturas e à qualificação dos candidatos [art.º 163.º al. a)] e a segunda fase à apresentação e análise das propostas e à adjudicação [art.º 163.º al. b)].

§10º Por conseguinte, os aspetos analisados em cada uma dessas fases encontram-se claramente diferenciados pela lei: (i) na primeira, são apreciados elementos relacionados com a capacidade técnica e /ou financeira dos candidatos e, (ii) na segunda, são apreciados elementos que se reportam às propostas dos candidatos que foram qualificados e que aqui chegam, tal como já foi referido, em igualdade de circunstâncias.

§11º Nesse pressuposto, não poderia a entidade adjudicante ter trazido para a segunda fase do procedimento, em concreto, para efeitos de análise e ordenação das propostas, um dos aspetos analisados na primeira fase para efeitos de qualificação da capacidade financeira dos candidatos, ao dar primazia ao “(...) candidato que demonstrar maior capacidade financeira na fase de candidatura”.

§12º Noutra perspetiva, comandava o n.º 6 do art.º 74.º do CCP, na versão à data em vigor⁶, que podiam “(...) ser utilizados como critério de desempate,

⁶ Refira-se que esta norma foi substancialmente alterada, no que tange a esta matéria, pela Lei n.º 30/2021 de 21 de maio.

designadamente, os fatores e subfatores estabelecidos nos termos do artigo seguinte, por ordem decrescente de ponderação relativa, ou a proposta que tiver sido apresentada por empresas sociais ou por pequenas e médias empresas, por ordem crescente da categoria das empresas”.

§13º E da leitura do art.º 75.º do CCP não resultava que fosse permitida, com esse fim, a utilização de aspetos ponderados na fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos (vide o n.º 2).⁷

§14º Pelo contrário, o n.º 1 do art.º 75.º ditava que “os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, abrangendo todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos”, considerando-se como “(…) fatores e subfatores (...) ligados ao objeto do contrato quando estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços a executar ou fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida” (vide o n.º 4⁸) (sublinhado nosso).

§15º Como, i.a., sustenta Ana Gouveia Martins⁹, “(…) as qualidades, características e outros elementos de facto respeitantes aos candidatos não podem ser avaliados em sede de critérios de adjudicação, mas apenas e exclusivamente na fase de qualificação dos candidatos”.

§16º E: “(...) imprescindível distinguir claramente os elementos que podem e devem ser avaliados em sede de capacidade técnica e os elementos que corporizam critérios de adjudicação. Com efeito, a jurisprudência do TJUE tem realçado a necessidade de separar a fase da qualificação dos candidatos da fase de avaliação das propostas desde o acórdão de Beentjes, porquanto podem estar submetidos a regimes de avaliação diferentes (...) e, sobretudo, porque critérios há que são admissíveis numa das fases, mas são insuscetíveis de serem tidos em conta na outra”¹⁰ (sublinhado nosso).

⁷ O n.º 2 do art.º 75.º nomeava fatores e eventuais subfatores que podiam ser, em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante, os seguintes:

a) *Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento;*

b) *Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato, designadamente, em contratos de serviços de natureza intelectual, tais como a consultoria ou os serviços de projeto de obras;*

c) *Serviço e assistência técnica pós-venda e condições de entrega, designadamente a data de entrega, o processo de entrega, o prazo de entrega ou de execução e o tempo de prestação de assistência;*

d) *Sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, e a denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados”.*

⁸ E o n.º 5: *“Ainda que não façam parte da sua substância material, consideram-se relacionados com o objeto do contrato os fatores envolvidos no processo específico de produção ou fornecimento das obras, bens ou serviços ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida”.*

⁹ Cf. *Concurso Limitado por Prévia Qualificação*, in *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, pág. 267.

¹⁰ Cf. ob. cit., pág. 266.



§17º Citando Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira: “O motivo para esta separação (entre habilitação e adjudicação) é de natureza concorrencial: as propostas devem distinguir-se pelo que nelas se contém, pela sua maior ou menor valia, não pela maior ou menor capacidade dos seus autores, dos respetivos proponentes, protegendo-se assim os operadores económicos de menor dimensão ou de menor capacidade técnica ou financeira, cujas propostas, mesmo que objetivamente melhores, poderiam, se não fosse a proibição do artigo 75º/1, ser preteridas a favor de outras que, mesmo com menores atributos objetivos, fossem apresentadas por empresas de grande capacidade técnica e (ou) financeira.” (sublinhado nosso).¹¹

§18º Iguamente o Acórdão n.º 10/2021 do Tribunal de Contas, proferido pela 1.ª Secção em Subsecção a 20 de abril¹², distingue perfeitamente estas duas fases – a de qualificação dos candidatos e a da análise das propostas – quando prossegue o entendimento de que “(...) os requisitos a exigir na fase de qualificação dos candidatos são requisitos de carácter geral, isto é, que dizem respeito ao currículo e à experiência geral da empresa candidata, enquadrando-se neste patamar os requisitos previstos no artigo 165.º, n.º 1 do CCP, tais como a experiência curricular na prestação de serviços análogos, o modelo organizacional da empresa ou uma descrição geral sobre os recursos humanos e tecnológicos da mesma. 12. Diferentemente, apenas na fase subsequente, de avaliação das propostas, podem ser exigidos aos candidatos que passam à fase seguinte do procedimento (passando a designar-se por «concorrentes») requisitos relacionados com a concreta execução do contrato, tais como os exemplificados no n.º 2 do artigo 75.º do CCP, nomeadamente a identificação, qualificação e experiência dos técnicos a afetar a essa prestação contratual”.

§19º Em suma, é ponto assente que (i) nos concursos limitados por prévia qualificação, na fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, é avaliada a respetiva capacidade técnica e/ou financeira, (ii) momento que é completamente autónomo e distinto da fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação, (iii) para a qual apenas são convidados a apresentar proposta os candidatos selecionados na fase anterior, apresentando-se em igualdade de circunstâncias, (iv) e onde somente são aferidas as propostas em função de critérios de adjudicação, que incluem os critérios de desempate, cujos fatores e eventuais subfatores densificadores devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, abrangendo todos e apenas os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.

§20º Não tendo sido isso que aconteceu no caso *subjudice*, temos que os critérios de desempate definidos pela entidade adjudicante no artigo 18.º n.º 1 al. b) e n.º 2 al. b) do programa do procedimento acima transcritos desrespeitam os normativos atrás identificados, na medida em que apelam, para efeitos de desempate das propostas, a aspetos já apreciados em sede de qualificação dos candidatos. Ao darem preferência ao candidato que tivesse demonstrado maior capacidade financeira, quando aqueles, quando qualificados, passam à fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação nas mesmas condições, tal como se estivessem a concorrer num concurso público.

¹¹ Cf. *Concursos e Outros Procedimentos...*, 2011, pág. 966 (ponto n.º 101.1.2.3).

¹² In <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2021/ac010-2021-1sss.pdf>.



§21º Os critérios de desempate deveriam ter-se cingido ao objeto do contrato e ao critério de adjudicação adotado, que foi o da avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar, consubstanciado no “*preço mais baixo apresentado para cada LOTE ou para a totalidade dos mesmos, conforme estipulado na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP*”.

§22º Verifica-se, assim, a violação do disposto na al. c) do n.º 5 do art.º 74.º e nos n.ºs 1, 2 e 4 do art.º 75.º do CCP, relativamente aos critérios de desempate fixados no art.º 18.º n.º 1 alínea b) e n.º 2 alínea b) do programa de procedimento.

§23º Neste caso concreto, porém, além de se terem se apresentado ao procedimento quatro operadores económicos, não foi necessário, a final, aplicar o critério - ilegal - de desempate, em virtude de apenas ter sido entregue uma única proposta para cada lote, isto apesar de terem sido convidadas duas candidatas a apresentar proposta de preço.

§24º Ou seja, a ilegalidade regulamentar referida não teve efeitos alguns no caso concreto.

§25º A ilegalidade referida, consubstanciada na violação do regime legal que regula o concurso limitado por prévia qualificação, vertido nos art.ºs 162.º e ss. do CCP e nos art.ºs 139.º e 146.º a 148.º, aplicáveis a este procedimento *ex vi* art.º 200.º, e nos art.ºs 74.º n.º 6 e 75.º n.ºs 1, 2 e 4, todos do mesmo CCP, é passível de afetar a validade do ato final de adjudicação com a anulabilidade, por vício de violação de lei, nos termos do art.º 163.º n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo; esta invalidade repercute-se nos contratos de prestação de serviços celebrados, *ex vi* n.º 2 do art.º 283.º do CCP.

§26º 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 LOPTC¹³, a ilegalidade decorrente da violação das normas ínsitas aos artigos *supra* invocados pode constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada al. c), por se mostrar suscetível de ter provocado a alteração do resultado financeiro do contrato, a configurar-se a hipótese de ter afastado do procedimento outros potenciais interessados em contratar e impedido a SRE de admitir outras propostas porventura mais vantajosas ao interesse público financeiro.

§27º Todavia, tendo em conta que:

-não se pode dar por adquirida a referenciada alteração do resultado financeiro dos contratos agora sujeitos a fiscalização prévia, uma vez que ao procedimento pré-contratual se apresentaram quatro candidatos;

¹³ “Constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique:

- a) Nulidade;
- b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras;
- c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.”



-não foram utilizados os critérios de desempate fixados, em virtude de apenas ter sido apresentada uma única proposta para cada lote, e

-porque a SRE nunca foi alvo de qualquer recomendação por parte do Tribunal de Contas incidente sobre a matéria apreciada,

afigura-se possível recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da LOPTC¹⁴, de conceder o visto com uma recomendação; de a SRE, futuramente, evitar a prática da ilegalidade assinalada.

§28º A ilegalidade detetada no âmbito da apreciação do processo de visto em referência, consubstanciada na inobservância dos preceitos legais identificados supra, é suscetível de configurar um ilícito financeiro enquadrável na previsão normativa da al. l) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC, que contempla a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas, dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando estejam em causa, designadamente, a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública.

§29º A infração financeira assinalada é imputável, nos termos do art.º 61.º n.ºs 1 e 4 da LOPTC, aplicável *in casu* por força do disposto no art.º 67.º n.º 3 do mesmo diploma, ao Secretário Regional da Educação, Ciência e Tecnologia, Jorge Maria Abreu de Carvalho, e aos técnicos que elaboraram as peças do procedimento concursal em causa, cuja identificação não sobressai do processo de visto em análise.

§30º Poderia ainda vir a ser apurada a responsabilidade de outros intervenientes em sede de processo para o respetivo apuramento, caso seja determinada a sua abertura, designadamente dos funcionários ou agentes que, nas suas informações para aquele Secretário Regional, não tenham esclarecido os assuntos da sua competência de harmonia com a lei, conforme previsto no mesmo n.º 4 do art.º 61.º.

§31º Ora, conforme decorre da aplicação conjugada da al. l) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC, a atuação ilegal acima apontada integra o tipo legal de uma infração geradora de responsabilidade financeira sancionatória, a efetivar através da aplicação de multa, que tem, atualmente, como limite mínimo o montante correspondente a 25 UC's e como limite máximo o correspondente a 180 UC's.¹⁵

§32º Mas, verificam-se, em concreto, os pressupostos cumulativos elencados nas als. a), b) e c) do n.º 9 do art.º 65.º da LOPTC: a) evidencia-se suficientemente que

¹⁴ “Nos casos previstos na alínea c) do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.”

¹⁵ De harmonia com o Regulamento das Custas Processuais, publicado em anexo ao DL n.º 34/2008 de 26 de fevereiro, a Unidade de Conta (UC) é a quantia monetária equivalente a um quarto do valor do Indexante de Apoios Sociais (IAS), vigente em dezembro do ano anterior, arredondado à unidade euro, atualizável anualmente com base na taxa de atualização do IAS. Nos termos do art.º 232.º da Lei n.º 75-B/2020 de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2021, foi suspensa a atualização automática da UC, mantendo-se em vigor o valor vigente em 2020. Assim, o valor da UC para 2021 estabilizou-se nos 102,00€, atento o disposto no art.º 73.º da Lei n.º 7-A/2016 de 30 de março, que aprovou o orçamento de Estado para 2016, *ex vi* do art.º 182.º da Lei n.º 71/2018 de 31 de dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2019.

a falta só pode ser imputada a título de negligência; b) não houve antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado; c) foi a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno censurou a SRE pela sua prática.

*

III. DECISÃO

Pelo exposto, decido conceder o visto prévio ao citado contrato, mas com a recomendação de a S.R.Ed., futuramente, evitar a prática da ilegalidade assinalada.

Valor dos emolumentos devidos pela entidade interessada: 391,74€.

Funchal, SRMTC, 30-11-2021.

O JUIZ CONSELHEIRO



(PAULO HELIODORO PEREIRA GOUVEIA)

A ASSESSORA

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

O ASSESSOR



(Alberto Miguel Faria Pestana)

