



DECISÃO N.º

36 2022-FP/SRMTC

Data: 03/06/2022

Processos n.ºs 10/2022
11/2022 e 12/2022
apensados

Relator: Juiz Cons.º PAULO H. PEREIRA GOUVEIA



12

Processos (de fiscalização prévia) n.º 10/2022, n.º 11/2022 e n.º 12/2022

Decisão n.º 36/2022-FP/SRMTC

I – INTRODUÇÃO

Em sessão semanal da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas vêm, em três processos de controlo prévio apensados, submetidos a fiscalização:

- O contrato de prestação de serviços de construção e manutenção de redes elétricas de transporte, distribuição MT e BT, e de telecomunicações da EEM, lote 1, celebrado, em 21 de fevereiro de 2022, entre a EEM – Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A. (EEM, S.A.), e a empresa CME – Construção e Manutenção Eletromecânica, S.A., no montante máximo de 6 000 000,00€ (s/IVA) – *processo n.º 10/2022*;
- O contrato de prestação de serviços de construção e manutenção de redes elétricas de transporte, distribuição MT e BT, e de telecomunicações da EEM, lote 2, celebrado, em 21 de fevereiro de 2022, entre a EEM, S.A., e a empresa CME – Construção e Manutenção Eletromecânica, S.A., , no montante máximo de 3 300 000,00€ (s/IVA) – *processo n.º 11/2022*, e
- O contrato de prestação de serviços de construção e manutenção de redes elétricas de transporte, distribuição MT e BT, e de telecomunicações da EEM, lote 3, celebrado, em 21 de fevereiro de 2022, entre a EEM, S.A., e o Agrupamento Redes MT, BT e de Telecomunicações da EEM, no montante máximo de 3 000 000,00€ (s/IVA) – *processo n.º 12/2022*.

Entretanto, após a instrução e o Relatório da UAT I com o n.º 5/2022/FP/CP, foi, ao abrigo dos n.ºs 1 a 4 do artigo 267.º do CPC, determinada a apensação dos três cit. processos.

*

II – FUNDAMENTOS

II.1 – FUNDAMENTOS DE FACTO: os factos apurados

1 - Na sequência das deliberações do Conselho de Administração da EEM, S.A., de 16 de novembro de 2020 (onde se decidiu a abertura do procedimento), e de 5 de fevereiro de 2021 (onde foram aprovadas as peças do procedimento), foi aberto um concurso limitado por prévia qualificação por anúncios publicados, em 12 e 13 de abril de 2021, no Diário da República, II Série, n.º 70 e no Jornal Oficial da União Europeia, S71.

2 - Por deliberação tomada na reunião do mesmo Conselho de Administração de 9 de julho de 2021 foi decidido qualificar todos os candidatos cuja candidatura tinha sido apresentada no âmbito do procedimento.

3 - E, na sua reunião de 18 de outubro de 2021, deliberou aquele órgão proceder à adjudicação dos três contratos de prestação de serviços de construção e manutenção de redes elétricas de transporte, distribuição MT e BT, e de telecomunicações da EEM, lotes 1, 2 e 3, ora sujeitos a fiscalização prévia.



4 - Em sede de verificação preliminar, a entidade requerente foi, em 14 de abril p.p., instada, através dos nossos escritórios n.ºs 893, 894 e 895, para que, entre outros aspetos:

- Indicasse, de forma fundamentada e comprovada, quais os critérios objetivos que estiveram subjacentes à fixação do montante do preço base, nos termos do n.º 3 do art.º 47.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) [al. d)];
- Elucidasse sobre a utilidade e fiabilidade da exigência, para efeitos de qualificação dos candidatos, de documentos financeiros que respeitassem, “em pelo menos dois dos últimos quatro anos (2017, 2018, 2019 e 2020)”, os requisitos mínimos de capacidade financeira, sendo certo que à data da sua apreciação poderiam os mesmos (especialmente se reportados aos exercícios de 2017 e 2018) já não refletir a situação financeira das respetivas empresas [al. e)];
- Demonstrasse que tinha havido lugar à externalização do *iter* cognitivo percorrido pelo júri, de molde a suportar a conclusão de que todos os candidatos deveriam ser qualificados [al. j)], e
- Consabida da aplicabilidade dos princípios gerais da atividade administrativa definidos no CPA e incorporados no CCP, bem como da disciplina fornecida pelo DL n.º 446/85, de 25 de outubro, ao procedimento pré-contratual em apreço, fundamentasse a possibilidade de inserção no caderno de encargos de cláusulas como aquelas previstas nos pontos 4.3, 4.4, 5.7, 5.8, 5.10, 5.11, 5.13, 8.18, 8.19, 9.5, 9.6, 9.11 e 9.17 [al. k)].

5 - Através do seu escritório datado de 3 de maio último, veio a EEM, S.A., alegar o seguinte, observando a sequência das questões colocadas:

d) “Consoante dispõe o n.º 4 do artigo 47.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), o preço base deve respeitar os limites do valor até aos quais pode ser utilizado o tipo de procedimento.

O procedimento em causa corresponde a um concurso limitado por prévia qualificação com publicidade internacional, pelo que pode ser aditado qualquer que seja o valor do contrato (CCP, art.º 19.º, n.º 1, alínea a)).

Porque assim, no presente caso, não se procurou adotar um procedimento com uma tramitação mais simples ou formalmente menos exigente através da fixação do preço base.

Além disso, a fixação do preço base não pode ter como efeito restringir a concorrência, razão pela qual não foi fixado um preço base demasiado baixo, o que poderia ter como efeito o afastamento de alguns potenciais interessados. Pretendeu-se, por isso, alargar a concorrência ao maior número possível de operadores económicos.

Acresce que o critério de adjudicação das propostas é o do mais baixo preço, pelo que o preço foi o único aspeto da execução do contrato submetido à concorrência. Significa isto que os concorrentes competiram entre si exclusivamente em relação ao preço.

Subjacente à fixação do montante do preço base, a EEM teve em consideração os preços para os trabalhos da mesma natureza dos atuais fornecedores de serviços externos da EEM.



Foi ainda tido em conta o volume de trabalho expeável a realizar no período contratual, tendo em consideração os planos de investimento bem como o histórico e conhecimento da EEM com custos de manutenção nas redes e com as atualizações entendidas por necessárias para fazer face a aumento de custos com mão de obra e combustíveis”.

- d) “Nos termos do n.º 3 do art.º 165.º do CCP, os requisitos mínimos de capacidade financeira não podem exceder o dobro do valor 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.

Os requisitos mínimos de capacidade financeira têm de ser adequados e não podem ser discriminatórios nem desproporcionais.

A exigência de qualificação dos candidatos de que respeitassem os requisitos mínimos de capacidade financeira em pelo menos dois dos últimos quatro anos (2017, 2018, 2019 e 2020) destinou-se a garantir que era feita uma análise da saúde financeira dos candidatos, tendo sempre presente evitar restringir o acesso ao procedimento de potenciais candidatos.

Procurou-se, pois, um equilíbrio entre a realização da avaliação financeira dos candidatos e garantir que a concorrência não seria beliscada por força de requisitos mínimos financeiros muito restritos, quer quanto à forma, quer quanto ao conteúdo.

Além disso, como é público, o ano de 2020 foi um ano anormalmente atípico, pelo que os documentos financeiros dos candidatos relativos ao ano de 2020 poderiam não refletir a sua real situação em circunstâncias normais.

Na verdade, considerar apenas o ano de 2020, ou seja, o ano imediatamente anterior, seria, isso sim, desprovir o procedimento de um critério de razoabilidade e de adequação.

Note-se ainda que, para a contratação dos trabalhos em causa, a EEM poderia ter adotado um procedimento de concurso público com publicidade internacional (CCP, art.º 19.º, n.º 1, alínea a)), caso em que não existiria necessidade de fazer qualquer análise da situação financeira e a presente questão não se colocaria”.

- j) “No presente procedimento, a qualificação dos candidatos assentou num modelo simples de qualificação, nos termos do qual são qualificados todos os candidatos que preenchem os requisitos mínimos de capacidade técnica e capacidade financeira, conforme dispõe o art.º 179.º do CCP.

Da análise aos documentos que instruíam cada uma das candidaturas concluiu-se que todos os candidatos cumpriam os requisitos mínimos de capacidade técnica e os requisitos mínimos de capacidade económico-financeira fixados no Programa do Procedimento. Além disso, não se verificou nenhuma das cláusulas de exclusão relativamente a qualquer candidatura previstas no n.º 2 do art.º 184.º do CCP.

Com base nessa análise, foi proposta a qualificação de todos os concorrentes.



Acresce que o relatório preliminar da fase de qualificação foi notificado a todos os candidatos para que estes se pronunciassem ao abrigo do direito de audiência prévia, sendo que nenhum dos candidatos exerceu esse direito, tendo-se todos conformado com a correção do conteúdo desse relatório preliminar.

O relatório final da fase de qualificação manteve o teor do relatório preliminar, tendo sido proposta a qualificação de todos os candidatos, o que foi decidido pelo órgão competente para a decisão de contratar”.

- k) *“Com os protestos do maior respeito por opinião diversa, nota-se, desde logo, que o regime das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, «não se aplica» «aos contratos submetidos a normas de direito público», como é o caso dos contratos em apreço.*

Não obstante, também se dirá, pelas razões que se passam a expor, que os pontos assinalados não são violadores daquele regime, nem do disposto no CCP.

O previsto nos pontos 4.3 e 4.4 do caderno de encargos destina-se a regular a previsão constante do n.º 2 do art.º 325.º do CCP, nos termos da qual, perante uma situação de incumprimento do cocontratante, o contraente público pode optar pela efetivação das prestações de natureza fungível em falta por intermédio de terceiro, sendo aproveitados todos os atos praticados no presente procedimento.

Por seu turno, o ponto 5.7 do caderno de encargos decorre das regras gerais de responsabilidade. O cocontratante é responsável por qualquer ação ou omissão sua ou dos seus subcontratados que seja geradora da aplicação de uma coima à EEM, devendo reembolsá-la do valor que esta tenha pago.

O estabelecido no ponto 5.8 do caderno de encargos prevê uma situação em que a EEM tem a possibilidade de resolver o contrato a título sancionatório. Dispõe o n.º 1 do art.º 333.º do CCP que o contrato pode prever situações de grave violação das obrigações que possam conduzir à resolução do contrato pelo contraente público para além daquelas que se encontram tipificadas nas várias alíneas do referido n.º 1 do art.º 333.º do CCP.

O estatuído no ponto 5.10 do caderno de encargos resulta do facto de sobre o adjudicatário impender uma obrigação de resultados. Além disso, nos termos do art.º 350.º do CCP, o empreiteiro tem obrigação de realizar todos os trabalhos que, por natureza, por exigência legal ou segundo o uso corrente, sejam considerados como preparatórios ou acessórios à execução da obra. Acresce que nos termos do art.º 7.º do programa de procedimento, os candidatos e concorrentes poderiam inspecionar os locais de execução dos trabalhos a realizar, não sendo admissível qualquer reclamação que tenha por fundamento o desconhecimento dos locais e respetivas condições.

No que respeita ao 5.11 do caderno de encargos quanto à aprovação da documentação, o mesmo decorre do disposto nos art.ºs 361.º, n.º 5 e 362.º, n.º 1 do CCP e ainda do disposto na



18.

Portaria n.º 701-H/2008, e quanto à fiscalização do disposto nos art.ºs 290.º, n.º 1, 302.º, alínea b), 303.º e 305.º do CCP.

Por sua vez, o que se consigna no ponto 5.13 do caderno de encargos corresponde à obrigação de o adjudicatário ter um contrato de seguro, sem que a existência desse contrato limite ou restrinja a responsabilidade do adjudicatário.

Por seu turno, o ponto 8.18 do caderno de encargos prevê uma situação geradora de resolução do contrato pela EEM a título sancionatório. Ora, conforme já supra referido, nos termos do n.º 1 do art.º 333.º do CCP o contrato pode prever situações de grave violação das obrigações que possam conduzir à resolução do mesmo pelo contraente público, para além daquelas que se encontram tipificadas nas várias alíneas do referido n.º 1 do art.º 333.º do CCP.

Quanto ao ponto 8.19 do caderno de encargos, decorre do facto de sobre o adjudicatário impender uma obrigação de resultado, pelo que este tem de realizar, sob sua responsabilidade, todos os trabalhos necessários à execução da obra e dos serviços. Além disso, nos termos do art.º 349.º do CCP compete ao cocontratante disponibilizar e fornecer todos os meios necessários para a realização da obra e dos trabalhos preparatórios ou acessórios, incluindo, nomeadamente, os materiais e os meios humanos, técnicos e equipamentos. Também nos termos do art.º 350.º do CCP, o empreiteiro tem obrigação de realizar todos os trabalhos que, por natureza, por exigência legal ou segundo o uso corrente, sejam preparatórios ou acessórios à execução da obra.

O previsto nos pontos 9.5 e 9.6 decorre das regras gerais de responsabilidade, sendo o adjudicatário responsável por qualquer ação ou omissão sua ou dos seus subcontratados que origine um processo de contraordenação ou aplicação de coima à EEM.

O estatuído no ponto 9.17 do caderno de encargos decorre do facto de a realização dos trabalhos pelo adjudicatário não ser suscetível de causar qualquer limitação à realização pela EEM de outros trabalhos, ainda que de natureza idêntica. A redação deste ponto é semelhante à da cláusula 28.ª, n.º 1 do Anexo à Portaria n.º 959/2009”.

6 - Uma vez que os esclarecimentos assim apresentados não se mostraram capazes de dilucidar todas as dúvidas suscitadas, foi a EEM, S.A., novamente instada, agora através dos meus Despachos n.ºs 5, 6 e 7/2022-FP/SRMTTC, proferidos em sessão diária de 16 de maio, para o que ora interessa, a:

- Explicar como se compatibiliza aquilo que, na sua resposta, a EEM, S.A., considerou como sendo decorrência “das regras gerais de responsabilidade, sendo o adjudicatário responsável por qualquer ação ou omissão sua que origine um processo de contraordenação ou a aplicação de coima à EEM” com o poder de dar ordens e instruções tal como ficou definido no caderno de encargos (veja-se, por exemplo, as cláusulas 5.10, 5.11, 8.19, 9.17 e 12.4), e com as normas jurídicas que definem as garantias administrativas, a conformação da relação contratual e a reposição do equilíbrio do contrato (art.ºs 267.º e ss., 302.º e ss. e 354.º, todos do CCP) [al. c)], e



– Remeter cópia, entre outros:

- Do(s) documento(s) de onde conste(m) os elementos que serviram de base à decisão de qualificação e que suportou a decisão do júri (subponto iii.), e
- Do(s) documento(s) que suportou(aram) a definição do preço base [subponto iv.].

7 - Na sua resposta, dada a conhecer a coberto do ofício com a referência 69-2022-DTS], de 25 de maio de 2022, veio a EEM, S.A., informar-nos o seguinte:

c) *“Como é sabido, na execução dos contratos públicos deve ser respeitado, em especial, o princípio da responsabilidade – «ut» art.º 1.º -A, n.º 1 do CCP.*

Nesta medida, incumbe ao adjudicatário a exata e pontual execução das prestações contratuais, não podendo o mesmo transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante a EEM, conforme resulta do art.º 288.º daquele mesmo compêndio legal.

De harmonia com o preceituado no art.º 321.º do referido Código, mesmo nos casos de subcontratação, o cocontratante permanece integralmente responsável perante o contraente público pelo exato e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais.

Aliás, o exercício dos poderes de direção e de fiscalização não deve diminuir a responsabilidade do cocontratante, conforme se extrai do art.º 303.º, n.º 2 do sobredito compêndio normativo.

Acresce, ainda, que nos termos do art.º 280.º, n.º 4, do CCP, o direito civil é subsidiariamente aplicável à execução dos contratos administrativos, com as necessárias adaptações, pelo que aos contratos celebrados é aplicável o princípio geral da responsabilidade civil previsto no art.º 483.º do Código Civil, nos termos do qual «[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação».

Nesta conformidade, o adjudicatário é responsável perante a EEM por qualquer ação ou omissão relativamente à qual se verifique o preenchimento de todos os cinco pressupostos da responsabilidade civil – facto, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Mesmo que o Caderno de encargos fosse omissivo quanto ao que se encontra previsto nos respetivos pontos 9.5, 9.6 e 9.11, o regime aí exposto seria sempre aplicável «ex vi» do disposto no art.º 483.º do Código Civil.

A responsabilidade do adjudicatário por atos e/ou omissões suas ou dos seus subcontratados que venham a gerar um processo de contraordenação ou a aplicação de coima à EEM não prejudica nem limita (nem é suscetível de o fazer) os poderes da EEM em dar ordens e instruções ao adjudicatário nem os poderes da EEM que lhe são conferidos pelo art.º 302.º do CCP.

Ou seja, nem o estatuído no CCP prejudica o previsto no caderno de encargos e no contrato, nem o previsto no caderno de encargos e no contrato prejudica o disposto no CCP.



18-

Também a norma jurídica que define a reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos na realização da obra a que é feita referência – art.º 354.º do CCP – não sofre qualquer impacto, pelo facto de o adjudicatário ser responsável por atos e/ou omissões suas ou dos seus subcontratados que venham a gerar um processo de contraordenação ou a aplicação de coima à EEM, conforme previsto nos pontos 9.5, 9.6 e 9.11 do caderno de encargos.

Porque assim, verificando-se uma situação geradora de responsabilidade para uma das partes, o mecanismo a adotar é precisamente o da responsabilidade e não o da reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos na realização da obra previsto no art.º 354.º do CCP.

Aliás, apenas é possível recorrer ao mecanismo de reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos na realização da obra, previsto no art.º 354.º, n.º 1 do CCP, quando o «... dono da obra praticar ou der causa a facto de onde resulte maior dificuldade na execução da obra, com agravamento dos encargos respetivos» o que, manifestamente, não corresponde ao estatuído nos pontos 9.5, 9.6 e 9.11 do caderno de encargos.

Quanto às normas relativas às garantias administrativas previstas nos art.ºs 267.º a 274.º do CCP, são as mesmas aplicáveis à fase de formação do contrato.

Por seu turno, o contrato destina-se a regular a execução da prestação dos serviços, pelo que o clausulado contratual não é suscetível de ter qualquer impacto nas sobreditas garantias.

Além disso, o momento da outorga dos contratos, nomeadamente quanto ao decurso do prazo de standstill (CPP, art.º 104.º, n.º 1, alínea a)), implicou necessariamente a passagem e preclusão dos instrumentos disponíveis nas garantias administrativas previstas nos art.ºs 267.º a 274.º do CCP.

Em qualquer caso, sempre se refere expressamente que nenhuma norma concursal ou contratual prejudica, limita ou beneficia os direitos ou deveres impostos nos art.ºs 267.º a 274.º do CCP”.

d) “Se remeta a cópia:

(...)

iii. Juntam-se para o efeito os relatórios preliminar e final da fase de qualificação.

iv. A definição do preço base para cada um dos lotes, teve o seguinte suporte:

Lote 1

O preço base foi definido tendo em conta investimentos previstos para as linhas de transporte a 60 kv e 30 kv no período compreendido entre junho de 2021 e junho de 2024, posteriormente contemplados no Plano de Investimentos da EEM, na rubrica Linhas da Rede de Transporte para o período 2021-2024, enviado para a Erse. No ficheiro Anexo «Lote1_Definição_Valor_Base-A.xls» é apresentado um destaque dos



investimentos previstos no plano mencionado, do qual é possível inferir que o valor total estimado entre junho de 2021 e junho de 2024 para fornecimentos de serviços externos, que se pretendem contratar no âmbito deste contrato, é de 6.798 milhares de euros. Em resumo, foi o valor de 6.798 milhares de euros de fornecimentos de serviços externos previstos no plano de investimentos para o período de junho de 2021 e junho de 2024 que serviu de suporte à definição do preço base deste lote, definido em 6.000.000€.

Lote 2 e lote 3

A definição do montante do preço base, teve em consideração os preços base para trabalhos da mesma natureza, dos atuais fornecedores de serviços externos da EEM, o volume apurado de custos com estes fornecedores nos anos de 2018 e 2019 (históricos) e o volume expectável realizar no período contratual, tendo em consideração aos planos de investimento do triénio 2022-2024.

A análise encontra-se refletida no ficheiro PDF ApuramentoPr Base Lotes 2 e 3 e ficheiro EXCEL FSE 2022-2024 PI, que se juntam”.

8 – Na informação dirigida ao Conselho de Administração da EEM, S.A., pela DST/DSD n.º 01/2020 de 20 de novembro, com o “*Pedido de Autorização para a Realização de um Procedimento Concursal Tendente à Prestação de Serviços «Construção e Manutenção da Rede Elétrica de Transporte, Distribuição MT e BT e de Telecomunicações»*”, é proposto que “O prazo de duração do contrato” seja “de 3 (três) anos, renovável por mais um, dependente do valor acumulado dos trabalhos realizados anualmente, para cada um dos lotes”, justificando-se esse facto “pela necessidade de salvaguardar a amortização do investimento que os adjudicatários terão que realizar em recursos humanos, materiais e equipamentos para cumprir as exigências do Caderno de Encargos, permitindo-lhes ainda concluir os trabalhos que, pelas respetivas condições de execução eventualmente não sejam possíveis concluir nos três primeiros anos”.¹

*

II.2 – FUNDAMENTOS DE DIREITO: aplicação do Direito aos factos apurados

II.2.1. A fixação do preço base do procedimento

A EEM, S.A., explicou a este Tribunal que o modo de definição do preço base teve por referência os montantes previstos nos planos de investimento da empresa [vide a al. d) e o subponto iv., ambos do ponto 4.1 do relatório da UAT I].

¹ O que chama à colação a disposição do n.º 1 do art.º 440.º do CCP, que impede que o prazo de vigência dos contratos seja “superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objeto, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução”.



Concretizando, esclareceu que “Subjacente à fixação do montante do preço base, a EEM teve em consideração os preços para os trabalhos da mesma natureza dos atuais fornecedores de serviços externos da EEM. Foi ainda tido em conta o volume de trabalho expectável a realizar no período contratual, tendo em consideração os planos de investimento bem como o histórico e conhecimento da EEM com custos de manutenção nas redes e com as atualizações entendidas por necessárias para fazer face a aumento de custos com mão de obra e combustíveis”.

E, posteriormente, acrescentou que:

“A definição do preço base para cada um dos lotes, teve o seguinte suporte:

Lote 1

O preço base foi definido tendo em conta investimentos previstos para as linhas de transporte a 60 kv e 30 kv no período compreendido entre junho de 2021 e junho de 2024, posteriormente contemplados no Plano de Investimentos da EEM, na rubrica Linhas da Rede de Transporte para o período 2021-2024, enviado para a ERSE. No ficheiro Anexo «Lote1_Definição_Valor_Base-A.xls» é apresentado um destaque dos investimentos previstos no plano mencionado, do qual é possível inferir que o valor total estimado entre junho de 2021 e junho de 2024 para fornecimentos de serviços externos, que se pretendem contratar no âmbito deste contrato, é de 6.798 milhares de euros. Em resumo, foi o valor de 6.798 milhares de euros de fornecimentos de serviços externos previstos no plano de investimentos para o período de junho de 2021 e junho de 2024 que serviu de suporte à definição do preço base deste lote, definido em 6.000.000€.

Lote 2 e lote 3

A definição do montante do preço base, teve em consideração os preços base para trabalhos da mesma natureza, dos atuais fornecedores de serviços externos da EEM, o volume apurado de custos com estes fornecedores nos anos de 2018 e 2019 (históricos) e o volume expectável realizar no período contratual, tendo em consideração aos planos de investimento do triénio 2022-2024.

(...)”.

Ora, isto impõe-nos que, mais uma vez, se traga à colação o já citado art.º 47.º, em especial o seu n.º 3, que determina que essa fixação “*deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, tais como os preços atualizados do mercado obtidos através da consulta preliminar prevista no art.º 35.º-A, ou os custos médios unitários, resultantes de anteriores procedimentos, para prestações do mesmo tipo*”.

De acordo com Jorge Andrade da Silva², “[a] rigorosa definição do preço base e a sua função constituem a chave de algumas importantes questões que, a seu propósito, se podem colocar. Assim, desde logo, a correção e realismo com que é calculado é elemento determinante de o procedimento realizar ou não o objetivo concorrencial que prossegue, devendo ser

² In obra citada, págs. 225 e 226.



minimamente convidativo ou aliciente da participação dos potenciais concorrentes ou candidatos e assim viabilizar que o contrato seja celebrado e o seja nas melhores condições de qualidade e preço. Por outro lado, e ainda a título de exemplo, tem de considerar-se que, atenta a sua natureza e a sua função, o preço base é também um limite para os custos dos trabalhos de correção ou suprimento dos erros e omissões detetados pelos concorrentes na fase de formação do contrato, nos termos do artigo 50.º, com todas as consequências daí decorrentes e, portanto, incluindo a do preço contratual, que os engloba, não poder ser superior àquele preço, única forma de salvaguardar aquela função (...). Funciona, pois, como «teto» ou «travão» para o preço contratual, não funcionando apenas como um preço de referência. (...).

Só se o preço base corresponder às reais condições do mercado é que as propostas que com base nele venham a ser apresentadas têm condições para serem sérias, sustentadas, bem estruturadas e credíveis. Por outro lado, se refletirem um «esmagamento» dos preços do mercado, prejudicam a concorrência, pois aumentam o risco de procedimentos desertos ou de apresentação de propostas suspeitosas por apresentarem preços impraticáveis segundo as regras do mercado.

Por tudo isto, aderimos à solução adiantada por Nuno Cunha Rodrigues para quem se deve utilizar, quando possível, ambos os critérios de forma conjugada ou considerar ainda outros, adicionais, que sejam aptos a revelar os preços praticados no mercado”.

Analisando ambos os critérios objetivos elencados no n.º 3 do art.º 47.º – “preços atualizados do mercado obtidos através da consulta preliminar prevista no artigo 35.º-A” e “os custos médios unitários, resultantes de anteriores procedimentos, para prestações do mesmo tipo” – tendentes à definição do preço base, refere este autor que, “não obstante” essa enumeração “ser claramente exemplificativa, portanto orientadora, para esses efeitos o legislador claramente manifestou a sua preferência pelo recurso aos custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante (artigo 17.º, n.º 7)”.

Enunciado normativo que, recorde-se, manda que “[a] fixação do valor do contrato” seja “fundamentada com base em critérios objetivos, utilizando, como referência preferencial, os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante”.

Prossegue o mesmo autor: “Porém se o último elemento for o único a basear o preço base” – “os custos médios unitários, resultantes de anteriores procedimentos, para prestações do mesmo tipo” – “pode não ser o mais conveniente e o que conduz a um preço base mais realista, pois ver-se-á refletido dos defeitos de que padeçam os custos médios unitários anteriores ou de circunstâncias excepcionais, como sucede no caso das propostas de preço anormalmente baixo que, legalmente, não foram excluídas ou de qualquer modo enfermem de distorção do mercado pelos seus proponentes”.



G. J.

A opção tomada pela EEM, S.A., de definir o preço base nos termos em que o fez, não encontra, assim, suporte no art.º 47.º, revelando-se, mesmo, contrária àquela disciplina, pois do que ficou dito por Jorge Andrade da Silva, decorre (i) a essencialidade da correta definição desse preço e a a potencialidade de, em virtude de tal não ter sucedido, se operar uma alteração do resultado financeiro dos contratos celebrados, por via nomeadamente dos aumentos dos “(...) custos dos trabalhos de correção ou suprimento dos erros e omissões detetados pelos concorrentes na fase de formação do contrato, nos termos do artigo 50.º (...)”, ou (iii.ii) até de já ter provocado tal alteração, se tiver retirado do procedimento outros potenciais interessados em contratar com propostas porventura mais vantajosas para o interesse público.

II.2.2. Os requisitos mínimos de capacidade financeira

O art.º 164.º n.º 4 do CCP, permite que programa do concurso limitado por prévia qualificação possa indicar requisitos mínimos de capacidade financeira que os candidatos devam preencher, sujeitos ao limite previsto no n.º 3 do artigo seguinte; n.º 3 que impede que esses requisitos mínimos excedam “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”.

Com base nestes normativos, a EEM, S.A., no ponto 1 do programa do procedimento, exigiu aos candidatos, para efeitos de qualificação, o seguinte:

“1.1 O candidato deverá respeitar, cumulativamente, em pelo menos dois dos últimos quatro anos (2017, 2018, 2019 e 2020) os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira, tendo por base as demonstrações financeiras dos respetivos anos, convertidas para euros:

- a) Autonomia financeira (capitais próprios/ativo total) $\geq 12,5\%$;
- b) Capitais próprios/Capital social subscrito e realizado $> 100\%$;
- c) Liquidez geral (ativo corrente/passivo corrente) $> 100\%$;
- d) EBITDA > 0 .

1.2 Em alternativa, para preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira, os candidatos podem apresentar declaração bancária nos termos do Anexo VII. (Sublinhando nosso).

1.3 No caso de candidaturas por agrupamentos, os requisitos mínimos de capacidade económica-financeira serão considerados preenchidos desde que algum dos membros que integram o agrupamento os preencha cumulativamente”.

No procedimento que se analisa todos os candidatos apresentaram documentos financeiros, para efeitos de demonstração da capacidade financeira, relativos aos anos de 2017, 2018 e 2019.



Segundo Ana Gouveia Martins³, “[a] capacidade financeira reporta-se à avaliação da aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais.

O fulcro da capacidade financeira não reside tanto, por conseguinte, na verificação da titularidade de capitais ou bens próprios por parte do candidato, mas antes se destina a garantir que este tem ao seu dispor, logo que se afigure necessário, os meios e recursos financeiros adequados para garantir que a empresa em causa se manterá em exercício e desenvolverá a sua atividade durante o período contratual, executará integralmente o contrato adjudicado e poderá satisfazer qualquer demanda indemnizatória decorrente da execução do contrato, designadamente por incumprimento contratual.”

Considerando os fins prosseguidos com a necessidade de proceder à avaliação da capacidade financeira dos candidatos, fácil é perceber que ela apenas será pertinente se for verdadeira, realista e atual.

Só assim se compreende que o n.º 1 do art.º 180.º do CCP determine que “[a] revogação, a invalidade, a ineficácia ou a extinção, a qualquer título, da declaração que o candidato tenha apresentado nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo anterior” – a declaração bancária conforme modelo constante do anexo VI ao CCP – “determina a sua exclusão do concurso, ou, no caso de a respetiva proposta já ter sido objeto de adjudicação, a caducidade desta última”, fazendo, mesmo, ressaltar que a demonstração da (boa) capacidade financeira das empresas não releva só no momento da qualificação, mas deve manter-se ao longo da vida do contrato.

Embora se perceba o alegado pela EEM, S.A., no sentido de que “como é público, o ano de 2020 foi um ano anormalmente atípico, pelo que os documentos financeiros dos candidatos relativos ao ano de 2020, poderiam não refletir a sua real situação em circunstâncias normais”, pelo que “considerar apenas o ano de 2020, ou seja, o ano imediatamente anterior, seria, isso sim, desprovir o procedimento de um critério de razoabilidade e adequação”, tal não pode justificar a opção tomada, uma vez que é na própria lei que se encontra a solução para ultrapassar tal “ansiedade”, quando, no citado n.º 3 do art.º 179.º CCP, permite que, para efeitos de demonstração da capacidade financeira, seja apresentada declaração bancária conforme com o modelo constante do anexo VI ao Código. Faculdade, aliás, que a entidade adjudicante previu no ponto 1.2 do programa do procedimento, só que não em exclusivo, mas sim em alternativa à apresentação de outros documentos com vista o mesmo fim.

Não pode é a EEM, S.A., considerar, como fez, que, “para a contratação dos trabalhos em causa, a EEM poderia ter adotado um procedimento de concurso público com publicidade internacional (CCP, art.º 19.º, n.º 1, alínea a), caso em que não existiria necessidade de fazer qualquer análise da situação financeira e a presente questão não se colocaria”. Isto porque, uma vez que optou pelo concurso limitado por prévia qualificação, fica obrigada a cumprir o respetivo regime legal.

³ In Concurso Limitado por Prévia Qualificação in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora 2008, pág. 260.



Assim, não se afigura juridicamente acertada a exigência efetuada pela EEM, S.A., no aludido preceito do programa do procedimento, pois, no caso, a avaliação da capacidade financeira para efeitos de qualificação dos candidatos faz deslocar a mesma para o plano da narrativa de factos históricos do passado das empresas, destituindo-a de qualquer utilidade.

Ao agir desta forma, aquela entidade violou o art.º 165.º n.º 3 do CCP, a par dos princípios da concorrência e da proporcionalidade acolhidos no n.º 1 do art.º 1.º-A, também do CCP, iluminados pela CRP [desvirtuando os seus art.ºs 81.º al. f), 99.º e 266.º].

A apontada ilegalidade afeta a validade do ato final de adjudicação, ferindo tal ato de anulabilidade, por vício de violação de lei, em sintonia com o disposto no art.º 163.º n.º 1 do CPA, invalidade essa que, de acordo com o n.º 2 do art.º 283.º do CCP, se repercute no contrato de aquisição de serviços celebrado.

A ilegalidade decorrente da violação das regras legais referidas, bem como dos aludidos princípios, é suscetível de ter provocado a alteração do resultado financeiro dos contratos (se tiver afastado outros interessados com propostas mais vantajosas para o erário público) ou de vir a alterar o resultado dos mesmos (caso haja necessidade de fazer apelo aos meios financeiros das empresas e as mesmas não os possuírem).

II.2.3. A fundamentação da decisão de qualificação

Do relatório preliminar elaborado pelo júri na fase de qualificação resulta que “[d]epois da análise efetuada aos documentos que instruem as candidaturas, o júri verificou que todos os candidatos cumprem os requisitos mínimos de capacidade técnica e económico-financeira estabelecidos pelo que propõe a qualificação de todos os candidatos”.

Instada, por duas vezes (no âmbito da verificação preliminar dos processos e pelos meus despachos), a remeter documentos de onde constassem os elementos que serviram de base à decisão de qualificação e que teriam suportado aquela conclusão do júri, a EEM, S.A., limitou-se a enviar novamente os relatórios preliminar e final da fase de qualificação que já integravam os processos de fiscalização prévia.

Ora, o n.º 1 do art.º 184.º do CCP é claro quando exige que “[a]pós a análise das candidaturas e a aplicação às mesmas do critério de qualificação, o júri” elabore “fundamentadamente um relatório preliminar, no qual deve propor a qualificação dos candidatos.”.

Jorge Andrade da Silva, em anotação art.º 146.º⁴⁵, ensina: “[e]m qualquer dos casos, porque se trata de uma decisão constitutiva de direitos, tem de ser devidamente fundamentada, conforme em termos gerais determinam os artigos 152.º e seguintes do CPA e este preceito expressamente refere. Tendo o júri por função a preparação daquela decisão (...) terá igualmente de preparar a respetiva fundamentação (...)”.

⁴ Para o qual remete na anotação ao art.º 184.º.

⁵ In obra citada, página 525.



Não basta, pois, para que se considere cumprida a regra legal, que se afirme o facto conclusivo de que todos os candidatos cumprem os requisitos de qualificação e, nessa medida, devem ter-se por qualificados.

A preterição da fundamentação da decisão de qualificação (no sentido de falta/ausência ou sua insuficiência) gera a sua invalidade (anulabilidade - art.º 163.º do CPA).

Nesta matéria sufraga-se o defendido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21 de janeiro de 2021, proferido no âmbito de Processo n.º 2278/19.7 BELSB⁶: “[e] quanto à alegação de que a putativa falta de fundamentação inquinaria o ato impugnado de nulidade por falta de um elemento essencial, nos termos do disposto no artigo 161.º, n.º 2, alínea g), do CPA, falece, igualmente, a tese da Recorrente.

É jurisprudência pacífica que a aqui invocada violação do dever de fundamentação dos atos lesivos é uma causa de anulabilidade do ato administrativo. E não causa de nulidade.

Relativamente ao dever de fundamentação dos atos administrativos constitui linha jurisprudencial dominante que, não obstante se tratar de uma imposição constitucional, não constitui um direito de natureza fundamental cuja ofensa possa determinar a nulidade do ato. Como se disse no citado Acórdão deste TCAS de 23.02.2012, proc. n.º 6621/00, «a falta de fundamentação nem sequer põe em causa a identificabilidade orgânica ou a identificabilidade material do ato, repercutindo-se, apenas, e em princípio, na sua inteligibilidade e justificação perante os interessados (por estar em causa essencialmente a sua compreensibilidade), pelo que também não implica a falta de qualquer elemento essencial do ato, não podendo, assim, gerar a sua nulidade».

Aliás, o Tribunal Constitucional emitiu já pronúncia neste domínio, no Acórdão n.º 594/2008, cuja doutrina sufragamos, e onde se conclui que a fundamentação dos atos administrativos não constitui um direito fundamental, ou, sequer, um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias (por não constituir, sequer, garantia do direito fundamental de recurso contencioso contra atos administrativos lesivos dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados), embora possa vir a ser permeado com as exigências dos direitos fundamentais nos casos, pontuais e específicos, em que a fundamentação do ato seja condição indispensável da realização de direitos fundamentais”.

Em suma, não contendo o relatório preliminar (nem o final), redigido na fase de qualificação, fundamentação que permita suportar a qualificação de todos os candidatos, por forma a que um destinatário normal possa perceber o percurso cognoscitivo seguido pelo júri para chegar a essa conclusão, estamos perante um ato eivado de vício de forma, por falta de fundamentação, o que acarreta a sua anulabilidade.

E a violação do n.º 1 do art.º 184.º do CCP seria, em tese, suscetível de alterar o universo concorrencial por via da qualificação de algum candidato que não reunisse os requisitos

⁶ In

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/86fe4e3c6366c9098025866a003d1e4e?OpenDocument>



mínimos exigidos para o efeito, consequentemente, suscetível de alterar o resultado financeiro dos contratos.

II.2.4. As cláusulas do caderno de encargos

De acordo com o CCP, o caderno de encargos, cuja elaboração é exigida no âmbito de qualquer um dos procedimentos pré-contratuais ali consagrados, e que deve ser aprovado pelo órgão competente para a decisão de contratar, contém as cláusulas do contrato a celebrar (n.º 1 do art.º 42.º), cláusulas essas, de natureza jurídica ou técnica, que podem respeitar (i) a aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência e (ii) a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência e, como tal, vinculados.

No âmbito do presente procedimento, fomos confrontados com uma série de cláusulas do caderno de encargos que criaram sérias dúvidas quanto à possibilidade da sua admissibilidade. Isto porque nos parecem ser geradoras de exigências demasiado onerosas para os futuros cocontratantes, potenciadoras de um quadro de eventual desequilíbrio entre as partes contratuais e violadora, quer do quadro legal instituído, quer dos princípios gerais que, nos termos do CPA, devem nortear a atividade administrativa, nomeadamente o da legalidade, o da prossecução do interesse público com proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, o da proporcionalidade, o da justiça-razoabilidade e o da boa-fé, reiterados no n.º 4 do art.º 1 do CCP.

Vejamos.

As cláusulas do caderno de encargos que colocamos em crise são as seguintes:

➤ Cláusula 4.3:

“Na eventualidade de um Adjudicatário de um determinado lote manifestar incapacidade para a realização dos trabalhos atribuídos, a EEM poderá atribuir, total ou parcialmente, esses trabalhos ao Adjudicatário de outro lote, não podendo este recusar esta atribuição, sendo os mesmos faturados com base nos seguintes preços:

4.3.1 Para trabalhos da mesma espécie, os preços a pagar pela EEM serão os que o Adjudicatário substituto esteja vinculado para o lote que lhe foi adjudicado; e

4.3.2 Para trabalhos de espécies diferentes dos adjudicados no presente Procedimento ao Adjudicatário substituto, os preços a pagar pela EEM serão os que o Adjudicatário substituto tiver proposto para o lote que foi adjudicado ao Adjudicatário que tiver sido substituído.”

➤ Cláusula 4.4:

“Em situações de avaria na rede de transporte, rede de distribuição MT e BT, postos de transformação e na rede de telecomunicações, na eventualidade de um Adjudicatário não responder nos tempos máximos definidos poderá a EEM acionar o Adjudicatário de um outro lote, não podendo este recusar a respetiva ativação, sendo os trabalhos realizados de acordo com os seguintes preços:



4.4.1 Para trabalhos da mesma espécie, os preços a pagar pela EEM serão os que o Adjudicatário substituto esteja vinculado para o lote que lhe foi adjudicado;

4.4.2 Para trabalhos de espécies diferentes dos adjudicados no presente Procedimento ao Adjudicatário substituto, os preços a pagar pela EEM serão os que o Adjudicatário substituto tiver propostos para o lote que foi adjudicado ao Adjudicatário substituído.”

A aplicação destas regras jurídicas do caderno de encargos suporia, para o adjudicatário de qualquer um dos lotes, a obrigação, sem possibilidade de oposição, de executar trabalhos adjudicados a outrem. O que, para além de implicar que o adjudicatário de um qualquer lote teria de ter permanentemente disponíveis, em virtude do inadimplemento de outros, os seus recursos para afetar a trabalhos que não lhe foram adjudicados, o tornaria, ainda, sujeito, pela execução desses trabalhos, a um preço com o qual não se tinha comprometido.

Por outro lado, face a tais normas, é legítimo questionar para que teria servido o procedimento adjudicatório, já que se permitiria, no âmbito da execução do contrato, a substituição de um adjudicatário por outro. E, no caso do concreto procedimento que se analisa, faria letra morta da proibição constante dos pontos 18.º n.º 1 alínea c) e 21.º n.º 2 do programa do procedimento, no sentido de que a um só concorrente pudesse ser adjudicados todos os lotes e que, no caso de lotes específicos, pudessem eles ser adjudicados ao mesmo operador interessado.

A matéria de incumprimento por facto imputável ao cocontratante encontra-se tratada no art.º 325.º do CCP nos seguintes termos:

“1 – Se o cocontratante não cumprir de forma exata e pontual as obrigações contratuais ou parte delas por facto que lhe seja imputável, deve o contraente público notificá-lo para cumprir dentro de um prazo razoável, salvo quando o cumprimento se tenha tornado impossível ou o contraente público tenha perdido o interesse na prestação.

2 – Mantendo-se a situação de incumprimento após o decurso do prazo referido no número anterior, o contraente público pode optar pela efetivação das prestações de natureza fungível em falta, diretamente ou por intermédio de terceiro, ou por resolver o contrato com fundamento em incumprimento definitivo, nos termos do disposto no artigo 333.º.

3 – Se o contraente público optar pela execução das prestações fungíveis por terceiro, à formação do contrato por esse terceiro é aplicável o disposto na parte II do presente Código.

(...)”

Dito isto, com a previsão das cláusulas 4.3 e 4.4 do caderno de encargos, o que a EEM, S.A., pretende salvaguardar é a realização de um ajuste direto, sem mais, ao adjudicatário substituto, ao invés de recorrer ao disposto na parte II do CCP para efeitos de formação de um contrato, em violação da norma do n.º 3 do art.º 325.º do CCP vindo de citar⁷.

⁷ No caso, importa não confundir a situação em causa com a hipótese contemplada no art.º 318.º-A, n.º 1, do CCP, porque esta se cinge à “Cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante”, que é admitida nos seguintes termos:



Mas dispõe o art.º 51.º do CCP que “[a]s normas constantes do presente Código relativas às fases de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes.”

Pelo que ter-se-á de concluir pela ilegalidade-nulidade das cláusulas 4.3 e 4.4 do caderno de encargos.

Passemos agora a analisar as cláusulas 5.7, 5.8, 5.10, 5.11, 8.19, 9.5, 9.6, 9.11, 12.4 e 23.1.

➤ **Cláusula 5.7:**

“Na eventualidade de a EEM ser condenada em processos de contraordenação, ocasionados por atos ou omissões praticadas pelo Adjudicatário ou seus subempreiteiros, no âmbito do presente contrato, o Adjudicatário ressarcirá a EEM da coima eventualmente paga.”

➤ **Cláusula 5.8:**

“A condenação do Adjudicatário e ou dos seus empreiteiros em processo de contraordenação por atos ou omissões de qualquer natureza, dolosos, negligentes, tentados ou consumados, praticados na execução do presente Contrato, poderá ocasionar a rescisão do mesmo.”

➤ **Cláusula 5.10:**

“A responsabilidade do Adjudicatário por erro de conceção, execução defeituosa ou utilização de matéria inadequada, não fica excluída por deficiência, inexactidões ou omissões existentes no contrato ou seus anexos, ou qualquer outro documento emanado pela EEM, destinado a instruir o mesmo.”

➤ **Cláusula 5.11:**

“A aprovação da documentação, estudos, projetos e ensaios por parte da EEM, bem como a fiscalização por esta levada a efeito durante o decorrer dos trabalhos, em nada diminuem a responsabilidade do Adjudicatário pela boa execução do Contrato.”

➤ **Cláusula 8.19:**

“1 - O contrato pode prever que, em caso de incumprimento, pelo cocontratante, das suas obrigações, que reúna os pressupostos para a resolução do contrato, o cocontratante ceda a sua posição contratual ao concorrente do procedimento pré-contratual na sequência do qual foi celebrado o contrato em execução, que venha a ser indicado pelo contraente público, pela ordem sequencial daquele procedimento.

2 - Para o efeito previsto na parte final do número anterior, o contraente público interpela, gradual e sequencialmente, os concorrentes que participaram no procedimento pré-contratual original, de acordo com a respetiva classificação final, a fim de concluir um novo contrato para a adjudicação da conclusão dos trabalhos.”

O que não aconteceu na situação vertente, pois o que o caderno de encargos dispunha sobre essa matéria na cláusula 22.8 era que “[o] Adjudicatário não pode ceder a sua posição contratual no todo ou em parte, ou associar-se a qualquer entidade, seja sob que forma for, para a execução do Contrato, sem o acordo prévio da EEM, sob pena de aplicação de multa ou rescisão, no montante de 10% do valor dos trabalhos já efetuados no âmbito do Contrato e, cumulativamente, da rescisão deste”.



“O acordo ou as sugestões da EEM, sobre o meio de transporte, não excluem a responsabilidade do Adjudicatário, no que respeita aos transportes e outros encargos associados, bem como nas eventuais repercussões sobre o funcionamento e a duração dos materiais e equipamentos expedidos.”

➤ **Cláusula 9.5.:**

“Assim, em caso de processos de contraordenação instaurados em virtude do incumprimento de licenças de obras, designadamente a violação de prazos, a ausência de sinalização das obras, de medidas destinadas a salvaguardar a segurança de trânsito de pessoas e bens, incorreta reposição de pavimentos, etc., por motivo imputável ao Adjudicatário ou aos seus subempreiteiros, este(s) será(ão) o(s) único(s) responsável(veis) e partes legítimas para responder no âmbito dos referidos processos.”

➤ **Cláusula 9.6:**

“Na eventualidade da EEM ser condenada nos processos de contraordenação a que alude o número anterior, o Adjudicatário ressarcirá a empresa da coima eventualmente paga e de todas as custas, encargos e demais consequências resultantes desses processos e dos factos que deram origem aos mesmos.”

➤ **Cláusula 9.11:**

“A eventual violação do número anterior, imputável ao Adjudicatário ou aos respetivos subempreiteiros, implica a responsabilidade exclusiva destas entidades, se forem instaurados processos de contraordenação contra a EEM.”

➤ **Cláusula 12.4:**

“Para garantir a segurança dos seus próprios trabalhadores e instalações, a EEM tem o direito de acompanhar os trabalhos, interditar a utilização de materiais e o uso de equipamentos de e/ou de métodos de trabalho que considere pouco fiáveis.”

➤ **Cláusula 23.1:**

“Sem prejuízo das indemnizações legais e contratuais devidas, a EEM pode resolver o contrato nos seguintes casos:

(...)

d) Incumprimento por parte do Adjudicatário, de ordens, diretivas ou instruções transmitidas no exercício do poder de direção sobre matéria relativa à execução das prestações contratuais;

e) Oposição reiterada do adjudicatário ao exercício dos poderes de fiscalização da EEM.”

As precedentes cláusulas do caderno de encargos destinam-se, no essencial, a regular a matéria da responsabilidade contratual do adjudicatário.

Nesta matéria, e como bem alega a EEM, S.A., aplica-se, subsidiariamente, o regime da responsabilidade civil previsto no art.º 483.º do Código Civil, ficando, com efeito, o



adjudicatário responsável perante a EEM, S.A., pelos danos que der causa, por ação ou omissão sua, e relativamente aos quais se verifiquem os pressupostos da responsabilidade civil. A saber: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

E é aqui que bate o ponto. Não pode a EEM, S.A., determinar, de forma abstrata, factos geradores de uma responsabilidade, que transforma em objetiva, e que, por essa via, operaria de forma automática, independentemente da verificação dos pressupostos que se reiteram: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Trazer à colação, como faz a EEM, S.A., que o que aqui está causa é uma obrigação de resultado (*o devedor vincula-se a um resultado*), por oposição a uma obrigação de meios (*o devedor vincula-se a realizar com diligência uma dada conduta em ordem a um resultado ao qual, no entanto, não se vincula⁸*), e, sendo certo que na doutrina e na jurisprudência, atualmente, essa dicotomia se encontra esbatida, não alteraria a conclusão a que se chega, uma vez que tal instituto apenas operaria, no âmbito alegado, ao nível da presunção da culpa.

Mais, os poderes de direção e fiscalização que a EEM, S.A., detém sempre terão de ser exercidos no contexto fornecido pelos art.ºs 303.º e ss. do CCP, com as consequentes implicações em termos de responsabilidade, nomeadamente aquela prevista no n.º 2 do art.º 303.º - que manda que “[o] exercício dos poderes de direção e de fiscalização deve salvaguardar a autonomia do cocontratante, limitando-se ao estritamente necessário à prossecução do interesse público, e processando-se de modo a não perturbar a execução do contrato, com observância das regras legais ou contratuais aplicáveis e sem diminuir a iniciativa e a correlativa responsabilidade do cocontratante” - o que, ao contrário da interpretação veiculada pela EEM, S.A., apenas não diminui a responsabilidade do cocontratante quando este atua no âmbito da sua autonomia.

Senão, vejamos ainda outra cláusula:

➤ Cláusula 9.17:

“Os trabalhos efetuados no âmbito do Contrato não são realizados em condições de exclusividade, pelo que a EEM se reserva o direito de executar ela própria ou de mandar executar por outrem, conjuntamente com aqueles, quaisquer trabalhos, ainda que sejam de natureza idêntica à dos contratados, sem que, por esse facto, o Adjudicatário tenha direito a qualquer indemnização, compensação, revisão de preços ou direito de rescisão.”

Em relação a esta cláusula, invoca a EEM, S.A., que a mesma é semelhante à da cláusula 28 n.º 1 do Anexo à Portaria n.º 959/2019 de 21 de agosto, que aprova e publica em anexo, o formulário de caderno de encargos relativo aos contratos e empreitadas de obras públicas; e que tem por epígrafe: *“Execução simultânea de outros trabalhos no local da obra”*.

Ora, a referida cláusula tem o seguinte teor:

⁸ É uma distinção relevante quando se considere que há domínios em que vigora uma responsabilidade objetiva e que essa só pode ocorrer em relação a uma obrigação de resultado. Já uma obrigação de meios, tem como pressuposto, sempre e por definição, um domínio em que vigore a responsabilidade subjetiva, culposa – cf. assim Eduardo dos Santos Júnior, *Direito das Obrigações I, Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, AAFDL Edit., 3ª ed., 2014, pp. 107-109.



“1 - O dono da obra reserva-se o direito de executar ele próprio ou de mandar executar por outrem, conjuntamente com os da presente empreitada e na mesma obra, quaisquer trabalhos não incluídos no contrato, ainda que sejam de natureza idêntica à dos contratados.

2 - Os trabalhos referidos no número anterior são executados em colaboração com o diretor de fiscalização da obra, de modo a evitar atrasos na execução do contrato ou outros prejuízos.

3 - Quando o empreiteiro considere que a normal execução da empreitada está a ser impedida ou a sofrer atrasos em virtude da realização simultânea dos trabalhos previstos no n.º 1, deve apresentar a sua reclamação no prazo de 10 dias a contar da data da ocorrência, a fim de serem adotadas as providências adequadas à diminuição ou eliminação dos prejuízos resultantes da realização daqueles trabalhos.

4 - No caso de verificação de atrasos na execução da obra ou outros prejuízos resultantes da realização dos trabalhos previstos no n.º 1, o empreiteiro tem direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, de acordo com os artigos 282.º e 354.º do CCP, a efetuar nos seguintes termos:

- a) Prorrogação do prazo do contrato por período correspondente ao do atraso eventualmente verificado na realização da obra; e
- b) Indemnização pelo agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato que demonstre ter sofrido.”

Como é bom de ver, da verificação da situação descrita no n.º 1 da cláusula citada, decorrem, tal como se prevê no n.º 4, obrigações para a entidade adjudicante, que a EEM, S.A., de forma ilegal, afastou na cláusula do caderno de encargos que apresentou.

Invocando nós, mais uma vez, o art.º 51.º do CCP, Jorge Andrade da Silva⁹ defende que: “[o] certo é que resulta do preceito que são inválidas quaisquer prescrições das peças do procedimento que contrariem as normas imperativas do CCP sobre a formação e execução dos contratos. Pelo que, repete-se, o que está em causa não é uma questão de prevalência, é uma decorrência do princípio da legalidade cuja violação implica a invalidade do ato ou regulamento violador. Essa invalidade traduz-se, sempre e em qualquer caso, na sua nulidade, sendo, portanto, substituídas pelas violadas disposições do CCP. Ressalva-se desse regime o que o próprio CCP retira do âmbito da imperatividade para abrir campo à autonomia da vontade. Por outro lado, a invalidade nos termos gerais, pode resultar também da violação dos princípios gerais da atuação administrativa”.

De acordo com Ana Raquel Gonçalves Moniz¹⁰, “[u]m contrato padece de uma invalidade própria quando os vícios que o afetam resultam de não terem sido cumpridos as exigências

⁹ In obra citada, pág. 250.

¹⁰ In A Invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos, in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, 2018, 1.ª Reimpressão, AAFDL Editora, pág. 832.



formais (lato sensu, incluindo o procedimento) e/ou substanciais impostas pelo sistema jurídico. Dentro da invalidade própria é possível singularizar situações em que determinada invalidade de uma atuação (peça do procedimento ou ato administrativo) praticada durante o procedimento pré-contratual se repete no contrato: trata-se das hipóteses de invalidade comum, i.e., de uma invalidade própria do contrato, mas partilhada por este e pela atuação praticada no procedimento pré-contratual. Assim sucederá, v.g., perante cláusulas contratuais que reproduzam cláusulas inválidas constantes do caderno de encargos, padecendo aquelas de uma invalidade própria, ainda que não exclusiva”.

“Antes de mais, as invalidades próprias do contrato administrativo conhecem causas que relevam, especificamente, do Direito Administrativo. De acordo com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 284.º, tais causas podem sintetizar-se em cinco grupos: i) causas de invalidade expressamente previstas nas alíneas do n.º 2 do art.º 284.º; ii) causas de invalidade previstas em outras disposições do CCP; iii) causas de invalidade previstas no artigo 161.º do CPA (aplicável por remissão do n.º 2 do artigo 284.º); iv) causas de invalidade contempladas em lei especial; v) causas de invalidade decorrentes da violação de princípios e normas injuntivas não incluídas nas referências anteriores. Como veremos adiante, as causas incluídas nas primeiras quatro categorias originam a nulidade do contrato, determinando as últimas a mera anulabilidade”.

É que, conforme se destaca do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 4 de novembro de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 01003/12.8 BEBRG¹¹, “como é óbvio, uma entidade pública não pode subordinar a adjudicação de um contrato administrativo, à aceitação por parte dos concorrentes, e especificamente do concorrente vencedor, de uma cláusula frontalmente ofensiva de uma norma legal imperativa (isto é, de uma «condição» ‘contra legem’). Desde logo, porque tal ofenderia o princípio da legalidade a que a Administração Pública está sujeita no desenvolvimento da sua atividade (cfr. art.º 3.º do CPA e art.º 266.º n.º 2 CRP).

(...)

Embora seja certo que o n.º 1 do art.º 284.º prevê o regime regra da anulabilidade em consequência de ofensa de princípios ou norma injuntivas, o CCP prevê casos específicos de nulidade. E, com relevo para a situação aqui em discussão, o seu art.º 51.º determina – como já notara a propósito o Autor Pedro Melo (...) que «as normas constantes do presente Código relativas às fases de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quais quer disposições das peças do procedimento com elas desconformes».

Sobre o art.º 51.º do CCP refere Pedro Costa Gonçalves (in «Direito dos Contratos Públicos», 4.ª ed., a págs. 647 e segs.) que este preceito: «parece ter o propósito de fornecer um critério prático para a resolução imediata, não judicial, de uma antinomia (normativa) entre as normas legais do Código e as disposições das peças do procedimento, no sentido de, neste caso,

¹¹ In

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c416e82bb56f6ec68025878700417104?OpenDocument&ExpandSection=1>



determinar a aplicação preferencial da norma legal, impondo a não aplicação da disposição ilegal da peça do procedimento.

(...) Quer dizer, o preceito agora em análise importa uma restrição ao imperativo que impende sobre a entidade adjudicante de, durante a formação do contrato (mas também no momento da execução, quando esteja em causa a 'eficácia posterior') observar ou respeitar as cláusulas constantes das peças procedimentais».

E, segundo Jorge Andrade da Silva (in «CCP Anotado e Comentado», Almedina, 9.ª ed., 2021, a pág. 250):

«(...) resulta do preceito [art.º 51.º] que são inválidas quaisquer prescrições das peças do procedimento que contrariem as normas imperativas do CCP sobre a formação e execução dos contratos. (...) Essa invalidade traduz-se, sempre e em qualquer caso, na sua nulidade, sendo, portanto, substituídas pelas violadas disposições do CCP».

E, como explicita, relativamente a esta norma do art.º 51.º do CCP, Margarida Olazabal Cabral (in «O Concurso Público no CCP», Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Almedina, 2008, a pág. 223):

«(...) dela resulta que o legislador não quis apenas traçar o caminho ao aplicador, mas quis, para além disso, fulminar com a nulidade qualquer veleidade deste de ir por rumos distintos.»

Em crise ficaram assim os assinalados princípios gerais que presidem à atividade administrativa, consagrados no CPA, principalmente o da legalidade administrativa (art.º 3.º). O que nos permite concluir que a violação do n.º 3 do art.º 325.º do CCP, por via da previsão das cláusulas 4.3 e 4.4 do caderno de encargos, dos art.ºs 303.º e ss. do CCP, em especial da norma do seu n.º 2, pelas disposições das cláusulas 5.7, 5.8, 5.10, 5.11, 8.19, 9.5, 9.6, 9.11, 12.4 e 23.1, a par do n.º 4 da cláusula 28 do Anexo à Portaria n.º 959/2019, pela cláusula 9.17, conduz à invalidade do procedimento pré-contratual em apreço, gerando a sua nulidade e a dos contratos, a coberto do art.º 51.º e do n.º 1 do art.º 283.º do CCP.

II.2.5. O prazo de duração do contrato

A primeira parte do n.º 1 do art.º 440.º do CCP, impede que o prazo de vigência dos contratos seja “superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objeto (...)”.

Excetua a parte final da mesma norma as situações em que “(...) tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução”.

Tal impedimento, nos termos do seu n.º 2, também “(...) não é aplicável a obrigações acessórias que tenham sido estabelecidas inequivocamente em favor do contraente público, designadamente obrigações de sigilo, de conformidade dos bens adquiridos e de garantia dos mesmos”.



18.

Conforme já houve oportunidade de fazer notar, a cláusula sexta dos três contratos em apreço dispõe que *“O prazo de execução deste Contrato é de 3 (três) anos, renovável por mais um, mediante comunicação enviada pela EEM à”* entidade cocontratante, *“com um prévio aviso mínimo de 60 dias relativamente ao termo do prazo de três anos”*.

A justificação desta opção encontra-se na informação dirigida ao Conselho de Administração da EEM, S.A., da DST/DSD com n.º 01/2020 de 20 de novembro, com o *“Pedido de Autorização para a Realização de um Procedimento Concursal Tendente à Prestação de Serviços «Construção e Manutenção da Rede Elétrica de Transporte, Distribuição MT e BT e de Telecomunicações»”*, onde é proposto precisamente que: *“O prazo de duração do contrato”* seja *“de 3 (três) anos, renovável por mais um, dependente do valor acumulado dos trabalhos realizados anualmente, para cada um dos lotes”*. Pois é aí referido que tal prazo é necessário para *“(…) salvar a amortização do investimento que os adjudicatários terão que realizar em recursos humanos, materiais e equipamentos para cumprir as exigências do Caderno de Encargos, permitindo-lhes ainda concluir os trabalhos que, pelas respetivas condições de execução eventualmente não sejam possíveis concluir nos três primeiros anos”*. O que se mostra desconforme com a 1.ª parte do n.º 1 do art.º 440.º antes citado e também não encontra acolhimento no seu n.º 2, pois não estão em causa *“(…) obrigações acessórias que tenham sido estabelecidas inequivocamente em favor do contraente público, designadamente obrigações de sigilo, de conformidade dos bens adquiridos e de garantia dos mesmos”*.

A questão que se coloca é, então, saber se os factos alegados como justificação para a fixação de um prazo de execução de 3 anos, renovável por mais um, revelam essa necessidade ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução.

Não nos parece que seja o caso.

A flexibilidade permitida pela lei relaciona-se com a natureza das prestações ou condições de execução.

Posto isto, uma das duas justificações apresentadas pela entidade adjudicante prende-se com a salvaguarda da *“amortização do investimento que os adjudicatários terão que realizar em recursos humanos, materiais e equipamentos para cumprir as exigências do Caderno de Encargos”*, o que se afigura como sendo um risco próprio do contrato, não legitimando, por isso, uma vinculação superior aos três anos regra de duração dos contratos.

Com a outra justificação visou a EEM, S.A., permitir aos adjudicatários *“concluir os trabalhos que, pelas respetivas condições de execução eventualmente não sejam possíveis concluir nos três primeiros anos”*. O que se enquadra precisamente nas palavras da lei. O problema reside, todavia, no facto de não terem sido elencadas quaisquer condições, o que impede que se conclua que as mesmas são passíveis de ser obstaculizantes da conclusão atempada dos trabalhos e aquilatar da sua possibilidade legal.

Isto leva-nos a concluir pela violação do n.º 1 do art.º 440.º do CCP e que a fixação de prazo consonante com o regime legal ***poderia ter conduzido a diferentes resultados financeiros.***



E, nos termos do art.º 284.º n.º 1 do CCP, “[o]s contratos celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas são anuláveis”, o que se nos afigura ser o caso, no pressuposto de que não se verifica que essa ofensa integre algum fundamento de nulidade.

II.2.6. CONCLUSÃO

O procedimento pré-contratual que conduziu à outorga dos contratos em apreço – o concurso limitado por prévia qualificação – não respeitou o quadro jurídico que o disciplina.

Em concreto, apurou-se a violação das normas jurídicas obtidas após a interpretação das proposições jurídico-normativas constantes:

- i. Do n.º 3 do art.º 47.º do CCP, pelo incorreto modo de definição do preço base, o que é passível de ter alterado o resultado financeiro dos contratos no pressuposto de que pode ter afastado do procedimento outros interessados com propostas mais vantajosas para o interesse público ou por via do incremento dos custos dos trabalhos de correção ou suprimento dos erros e omissões detetados pelos candidatos;
- ii. Do n.º 3 do art.º 165.º do CCP, porque o modo de demonstração do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigido pela entidade adjudicante não assegurou a sua pertinência por não ser verdadeiro, realista e atual, sendo também suscetível de ter provocado a alteração do resultado financeiro dos contratos, na hipótese de ter retirado do procedimento outros interessados em contratar com propostas porventura mais interessantes para o erário público, ou de vir a alterar o resultado dos mesmos, caso haja necessidade de fazer apelo aos meios financeiros das empresas e as mesmas não os possuírem;
- iii. Do n.º 1 do art.º 184.º do CCP, por preterição da fundamentação da decisão de qualificação, no sentido da sua insuficiência, o que também se mostra passível de ter modificado o universo concorrencial por via da qualificação de algum candidato que não reunisse os requisitos mínimos exigidos para o efeito e, conseqüentemente, o resultado financeiro dos contratos, e
- iv. Do n.º 3 do art.º 325.º do CCP e dos art.ºs 303.º e ss. do CCP, em especial do seu n.º 2, do n.º 4 da Portaria n.º 959/2009, a par dos princípios da concorrência, da legalidade, da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, da proporcionalidade, da justiça e razoabilidade e o da boa-fé, com consagração no CPA (*vide* os art.º 3.º, 4.º, 7.º, 8 e 10.º) e no CCP (*vide* o n.º 1 do art.º 1º-A), por força do conteúdo de diversas cláusulas do caderno de encargos que, nesse pressuposto, são inválidas e cominadas com a nulidade.

As variadas ilegalidades assim sumariadas são cominadas em todos os casos, no CPA, com a anulabilidade, com exceção da última situação descrita, que o é com a nulidade.

As ilegalidades assim sumariadas são cominadas em todos os casos com a anulabilidade, com exceção da última situação descrita, que o é com a nulidade. Tais desvalores jurídicos transmitem-se aos contratos celebrados, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 283.º do CCP.



Temos, pois, preenchidos os fundamentos legais previstos nas als. a) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC para recusar o visto aos três contratos ora sujeitos a fiscalização prévia.

*

III - DECISÃO

Pelo exposto, decido recusar os vistos prévios deste tribunal aos citados contratos.

Os emolumentos são a cargo da requerente: 20,60 euros para cada um dos três processos; total: 61,80 euros.

*

Registe e notifique.

Publicite-se, depois, na *Intranet* e no sítio de *Internet* do Tribunal.

*

Funchal, Região Autónoma da Madeira, 3 de junho de 2022.

O JUIZ CONSELHEIRO

(Paulo Heliodoro Pereira Gouveia)

Participei na sessão.

A ASSESSORA

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

Participei na sessão.

O ASSESSOR

(Alberto Miguel Faria Pestana)

