



Processo de Fiscalização Prévia n.º 24/2023

DECISÃO n.º 34/2023-FP/SRMTc

\*

1.

Em Sessão Diária de Visto da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas vem submetido a fiscalização prévia do tribunal o seguinte instrumento jurídico:

- Contrato de “serviço de transporte de resíduos para valorização – 2023/2026”, celebrado em 22 de março de 2023, entre a ARM – Águas e Resíduos da Madeira, S.A. e o consórcio externo designado “GSLINES/OPDL – RESÍDUOS 2023/2026”, pelo preço de 1 991 460,00 € (s/IVA).

2.

Na análise preliminar, a nossa UAT 1 ouviu a entidade requerente do visto prévio. E depois elaborou o seu relatório (com o n.º 6/2023/FP/AC).

Cumpramos expor a análise que esta S.R.M.T.C. faz acerca da principal questão de legalidade que aqui se nos coloca.

Vejamos de forma sintética (até porque o tribunal concorda, no essencial, com o entendimento da entidade requerente).

Dispõe o n.º 1 do artigo 2.º da Portaria n.º 372/2017 de 14 de dezembro (uma fonte regulamentar de Direito, habilitada pelo CCP), sob a epígrafe “*Documentos de habilitação do adjudicatário em contratos de locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços*”, que,

-além dos documentos de habilitação exigidos pelo n.º 1 do artigo 81.º do CCP,

-o “(...) adjudicatário deve ainda apresentar os documentos de habilitação que o convite ou o programa do procedimento exija, nomeadamente, no caso de se tratar de um contrato de aquisição de serviços, quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços em causa”.

Resulta assim do texto regulamentar citado que, além dos documentos de habilitação exigidos pelo n.º 1 do artigo 81.º do CCP (disposição com força de lei), bem como pelo artigo 7.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M de 14 de agosto na sua redação atual, recai também sobre “o adjudicatário” o dever de apresentar os documentos elencados na cláusula 17.ª do Programa do Procedimento; aqui designadamente:

-a *licença de transporte rodoviário de mercadorias por conta de outrem*, emitida pela Direção Regional de Economia e Transportes (DRET) nos termos do Decreto Legislativo Regional n.º 10/2009/M de 30 de março na sua redação atual (vd. alínea k) da referida cláusula);

-a *autorização do Instituto de Mobilidade e dos Transportes, IP (IMT) para a realização dos transportes entre os portos das Regiões Autónomas e do Continente*, nos termos do artigo 5.º ou 6.º do Decreto-Lei n.º 7/2006 de 4 de janeiro na sua redação atual (vd. alínea l) da cláusula 17.ª do programa do procedimento).

Adiantamos desde já que isso foi aqui cumprido.

70

GABINETE DO JUIZ CONSELHEIRO

Mas avancemos, porque as fontes legislativas de Direito (nacional e europeu) não parecem bem “compreendidas” pelo texto normativo de uma fonte regulamentar de Direito, o n.º 1 do artigo 6.º da referida portaria.

O n.º 1 do artigo 6.º do citado diploma infralegislativo determina que, “quando o adjudicatário for um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas, os documentos previstos no n.º 1 do artigo 81.º do CCP e na presente portaria devem ser apresentados por todos os seus membros.”

O “first meaning” desta fonte meramente regulamentar de Direito (o significado literal ou gramatical) parece simples ou claro.

Mas há que prosseguir como manda o artigo 9.º do C.C.; e segundo as regras do raciocínio lógico (ex.: quem pode o mais pode o menos; por maioria de razão), em busca do “deep or final meaning”<sup>1</sup>.

Como refere o Prof. Miguel Teixeira de Sousa, em *Introdução ao Direito*, p. 372, “o intérprete deve escolher a interpretação (resultado) que, dentro dos limites impostos pela correspondência mínima com a letra da lei e com apoio na justificação histórica da lei, melhor se integrar no sistema jurídico e melhor se adequar às necessidades sociais” (atuais). Ali, “sistema jurídico” é ordenamento jurídico encimado pela Constituição (regra esta que absorve a chamada interpretação conforme à Constituição e a chamada interpretação orientada pela Constituição) e pelas leis aplicáveis da U.E.

Ora, o presente contrato foi adjudicado a um agrupamento constituído pela empresa GSLINES e pela empresa OPERTRANS.

O cit. agrupamento ou “adjudicatário compósito” apresentou os documentos supra elencados com base na licença/autorização que cada uma das empresas possui, atendendo aos respetivos objetos sociais/CAE’s:

-a licença de transporte rodoviário de mercadorias por conta de outrem, concedida pela DRET à OPERTRANS;

-a autorização para a realização de transporte marítimo entre os portos das Regiões Autónomas e do continente, emitida pelo IMT e concedida à GSLINES.

Note-se que poderia uma das duas empresas agrupadas ter antes cogitado concorrer sozinha e depois subcontratar a outra nos termos amplamente previstos na lei e na portaria. Ao invés, resolveram ambas adotar uma forma mais completa, de complementaridade recíproca; *a priori*. E sem pôr em causa a responsabilidade e a solidariedade perante a entidade adjudicante, como resulta imposto pela lei.

O Prof. Pedro Fernández Sánchez, aplicando o artigo 9.º do C.C., bem como as regras do raciocínio lógico, perfilha o entendimento de que “[a] obrigação de apresentação de documentos de habilitação tem de sofrer uma substancial adaptação no caso de o adjudicatário ser constituído por um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas”, uma vez que “(...) a constituição do agrupamento visa justamente possibilitar que cada um dos seus membros aproveite as habilitações dos outros operadores económicos com quem se agrupa, tendo em vista o acesso à adjudicação de contratos e à obtenção de benefícios económicos que de outro modo não teriam.”<sup>2</sup>

O autor entende, assim, que “(...) a regra geral aplicável à habilitação de adjudicatários constituídos por agrupamentos consiste na premissa de que, em princípio, cada um dos seus membros aproveita as habilitações dos demais.”

E faz uma distinção correta entre:

<sup>1</sup> Cfr., por todos, os recentes manuais de introdução ao Direito por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (ed. Almedina) e por MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO (AAF DL Edit.).

<sup>2</sup> Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume II, AAF DL Editora, 2021, Reimpressão, p. 417.



-documentos de habilitação respeitantes à idoneidade de cada membro do agrupamento como sujeito apto a celebrar contratos com a administração pública, que devem ser apresentados por todos os membros do agrupamento; e

-documentos de habilitação que incidem sobre o exercício material da atividade objeto do contrato, relativamente aos quais a habilitação de um dos membros do agrupamento aproveita os demais.

Refere ainda o professor de Lisboa que, “num novo exemplo de precipitação normativa, a transferência do anterior artigo 84.º do CCP para o artigo 6.º da Portaria (...) veio acompanhada de uma exigência equivocada (...)”, que “(...) determinou que também os demais documentos de habilitação (isto é, mesmo aqueles que incidem sobre o exercício material de uma atividade económica (...)) deveriam afinal ser exigidos a todos os membros dos agrupamentos (...)”, tornando “(...) evidente que este novo equívoco obriga a uma interpretação restritiva.”<sup>3</sup>

E acrescenta “(...) que essa é a única solução que se mostra compatível com a própria razão de ser da imposição europeia (hoje constante do artigo 19.º da Diretiva 2014/24<sup>4</sup>) para que todos os Estados-Membros aceitem a constituição de agrupamentos (...), ficando impedidos de lhes impor requisitos que não obedeçam ao princípio da proporcionalidade (n.º 2 do artigo 19.º)”<sup>5</sup>.

Ainda neste âmbito, Pedro F. Sánchez considera, de novo corretamente, que há incongruência naquele n.º 1 do artigo 6.º da portaria, evidenciada pelo facto de o legislador recente ter mantido intacta a solução de 2008 quanto “(...) aos requisitos previstos para a qualificação de candidatos no âmbito de qualquer procedimento que esteja dotado de uma fase de prévia qualificação (...)”<sup>6</sup>, com a possibilidade de os documentos destinados à respetiva qualificação serem apresentados apenas por alguns dos membros do agrupamento<sup>7</sup>.

Diz: “Ora, sucede que, por natureza, os requisitos de qualificação devem apresentar um grau de exigência superior em face dos requisitos de habilitação (...). É que, recorde-se, no caso de uma habilitação apenas se apura se o interessado está legalmente autorizado a exercer a atividade objeto do contrato, sem que a entidade adjudicante fixe qualquer exigência adicional; no caso de uma qualificação, a entidade adjudicante fixa novas exigências de acesso que limitam adicionalmente o universo potencial de concorrentes. Mas, paradoxalmente, a lei permite que, para satisfazer os mais exigentes requisitos de qualificação, todos os membros de um agrupamento aproveitem das valências de um deles (...); em contraste, no âmbito de uma mera habilitação, o n.º 1 do artigo 6.º da Portaria n.º 372/2017 pretendia que todos os membros do agrupamento tivessem de satisfazer aqueles requisitos, sem poderem aproveitar as valências dos demais, ainda que, na distribuição interna de tarefas, lhes não coubesse exercer qualquer das atividades materiais que impõem uma dada habilitação. É claro que essa solução não pode ser aplicada.”<sup>8</sup> A S.R.M.T.C. concorda com este raciocínio.

<sup>3</sup> Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 418 e 419.

Na chamada interpretação restritiva, que é um dos resultados possíveis do cumprimento rigoroso e objetivo do artigo 9.º do CC (onde não cabe fazer política do Direito, nem importar normas morais de quem quer que seja), o intérprete chega à conclusão de que o texto da fonte jurídica atraiçoa o pensamento legislativo, na medida em que esse texto diz mais do que aquilo que objetivamente “pretendia dizer” no seu contexto no ordenamento jurídico; a fonte jurídica disse mais do que queria dizer; há uma superabundância normativa *prima facie*. Também aqui a *ratio legis* tem uma palavra decisiva. Neste sentido, o jurista intérprete-aplicador, raciocinando sobretudo à luz do elemento teleológico da metodologia interpretativa das fontes de Direito que é imposta pela CRP e pelos artigos 8.º a 11.º do CC, conclui que o significado da fonte é, afinal, menos amplo do que parecia no momento inicial da inevitável tarefa de interpretar as fontes de Direito.

<sup>4</sup> Fonte jurídica superior ao CCP e à portaria.

<sup>5</sup> Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 419 e 420. Bem como a jurisprudência europeia indicada pelo cit. autor.

<sup>6</sup> Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 420 e 421.

<sup>7</sup> Vide artigo 171.º do CCP.

<sup>8</sup> Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 421.

GABINETE DO JUIZ CONSELHEIRO

Enfim, a norma jurídica a extrair das fontes legislativas e regulamentares citadas, também à luz do Direito europeu e ao abrigo dos três números do artigo 9.º do CC, é a seguinte:

-quando o adjudicatário for um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas, cada um dos documentos previstos no n.º 1 do artigo 81.º do CCP e na cit. portaria (para a habilitação) deve ser apresentado por todos (e cada um dos) seus membros *apenas nos casos* (excepcionais) (i) em que cada um dos membros não possa aproveitar as habilitações dos demais e (ii) em que seja impossível delimitar materialmente as atividades de cada membro.

Ora, no caso em apreço, não se verificam aquelas situações excepcionais.

Cfr. ainda Pedro C. Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5ª ed., pp. 637 ss e 733 ss, *maxime* pp. 736-737, que, indo mais longe, considera que a portaria viola o art. 54.º n.º 1 do CCP e, ainda, o princípio geral do Direito europeu (da contratação pública) do “favor participationis”.

A final, temos: a portaria a afirmar, sob o Direito legislado, a mencionada regra geral (ainda que como se esta fosse uma exceção).

Ainda assim, salvamos, sem fulminar com a ilegalidade afirmada por Pedro C. Gonçalves, o n.º 1 do cit. artigo 6.º e resolvemos a grande maioria dos casos que cairão sob a sua alçada, incluindo o caso presente; e isto é feito de acordo com o Direito superior da U.E. cit., com o superior artigo 54.º do CCP e com a lógica jurídico-normativa.

Por outras palavras, o resultado da interpretação jurídica (“deep meaning”: artigo 9.º do C.C.) assim corretamente executada restringe o significado literal ou âmbito literal da fonte infra-legislativa de Direito atrás identificada, i.e., o n.º 1 do artigo 6.º da Portaria (“first meaning”). Caso contrário, o inferior enunciado normativo regulamentar afrontaria grosseiramente os hierarquicamente superiores enunciados normativos legislativos europeus e nacionais.

Refira-se que, no caso do contrato ora sujeito a fiscalização prévia, (i) a licença de transporte rodoviário de mercadorias e (ii) a autorização para a realização de transporte marítimo entre os portos das Regiões Autónomas e do continente português, apresentadas pelas empresas que compõem o agrupamento adjudicatário, configuram, na linha de entendimento de Pedro F. Sánchez, documentos de habilitação respeitantes ao exercício material da atividade objeto do contrato. E não se encontra em falta qualquer documento que se destine a comprovar a idoneidade de cada uma das empresas como apta para celebrar contratos com a administração pública.

Importa aqui atender à cláusula terceira do contrato de consórcio celebrado em 15/03/2023 entre a GSLINES e a OPERTRANS. Esta dispõe que:

*“As participações sociais das consorciadas no presente contrato resultam diretamente da repartição das atividades objeto do contrato, e são correspondentes à divisão de tarefas, serviços e correspondente pessoal, de acordo com o mapa apresentado em Anexo ao presente contrato.”*

Efetivamente, no aludido mapa<sup>9</sup> é efetuada uma delimitação clara das prestações objeto do contrato ora em análise, as quais se encontram divididas entre transporte marítimo, transporte rodoviário e acondicionamento, não se confundindo entre si. E as próprias atividades de transporte marítimo e de transporte rodoviário de mercadorias, embora inseridas no sector mais abrangente da atividade de transporte, são materialmente e juridicamente distintas entre si, quer no que respeita às técnicas e meios utilizados, quer no que se refere à sua regulamentação<sup>10</sup>, cujos

<sup>9</sup> Que consta também da proposta e do caderno de encargos.

<sup>10</sup> O transporte de mercadorias efetuado entre portos nacionais encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 7/2006 de 4 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 137/2015 de 30 de julho, e o transporte rodoviário de mercadorias encontra-se regulado na Região Autónoma da Madeira pelo Decreto Legislativo Regional n.º 10/2009/M de 30 de março, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 40/2012/M de 27 de dezembro (que também o republicou) e pelo Decreto Legislativo Regional n.º 28-A/2021/M de 30 de dezembro.

GABINETE DO JUIZ CONSELHEIRO

diplomas estabelecem, inclusive, regimes sancionatórios próprios para o incumprimento dos respetivos regimes.

E assim, como vimos, a situação deste agrupamento satisfaz o exigido pelo ordenamento jurídico europeu e português. Com efeito, cada um dos membros do agrupamento (depois consórcio) pode perfeitamente aproveitar as habilitações do outro ante o objeto do contrato, além do que estão delimitadas materialmente as atividades de cada empresa membro deste “adjudicatário compósito”.

Concluindo: existe cabimento orçamental próprio para o encargo financeiro assumido pelo referido instrumento jurídico de despesa e responsabilidade públicas; e, por outro lado, não se descortina no instrumento jurídico citado o incumprimento dos demais comandos jurídico-legais aplicáveis.

3.

Pelo que, ao abrigo dos n.ºs 1 e 4 do artigo 214.º da Constituição e cumprindo ainda as normas jurídicas extraídas dos artigos 2º, 44º a 46º, 80º a 82º, 105º n.º 1 e 106º n.º 1 da LOPTC, e as normas jurídicas extraídas dos artigos 71º-al. c), 76º e 82º do Regulamento do Tribunal de Contas, **o Tribunal de Contas decide conceder o visto prévio solicitado.**

Fixo os emolumentos devidos em 1991,46 euros.

Not.

Reg.

Funchal, R.A.M., 08-05-2022.

O JUIZ CONSELHEIRO  
da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas



Paulo H. Pereira Gouveia

Participei na sessão.

O(A) Assessor(a)

