

Auditoria de Apuramento de Responsabilidades Financeiras indiciadas no exercício da fiscalização prévia no âmbito do “contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no concelho de São Vicente”

RELATÓRIO N.º 11/2024-ARF-SRMTC

SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA



SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA

**Auditoria de Apuramento de Responsabilidades
Financeiras indiciadas no exercício da fiscalização prévia
no âmbito do “contrato de empreitada para a reparação de
pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais
no concelho de São Vicente”**

**RELATÓRIO DE AUDITORIA
DO TRIBUNAL DE CONTAS
N.º 11/2024-ARF-SRMTC**



ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
RELAÇÃO DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SIGLAS	2
FICHA TÉCNICA	2
1. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO	3
1.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS	3
1.2. METODOLOGIA	4
1.3. QUADRO NORMATIVO - ESTRUTURA ORGANIZACIONAL RELEVANTE DO MUNICÍPIO DE SÃO VICENTE.....	4
1.4. AUDIÇÃO PRÉVIA DOS RESPONSÁVEIS.....	6
2. RESULTADOS DA ANÁLISE.....	7
2.1. DOS ELEMENTOS DE FACTO E DE DIREITO	7
2.1.1. FACTOS DADOS POR PROVADOS EM SEDE ORGANICAMENTE JURISDICIONAL (FISCALIZAÇÃO PRÉVIA) ...	7
2.1.2. FACTOS APURADOS NO ÂMBITO DA PRESENTE AUDITORIA	24
2.1.3. A QUESTÃO DE DIREITO SUSCITADA	27
2.2. DECISÃO N.º 74/2022-FP-SRMTC PROFERIDA NO ÂMBITO DO PROCESSO DE VISTO PRÉVIO	37
2.3. ACÓRDÃO N.º 2/2023-1.ª S-PL PROFERIDO NO ÂMBITO DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO	38
2.4. PROCESSO N.º 63/22.8BEFUN	44
2.6. APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE AUDIÇÃO PRÉVIA.....	56
3. CONCLUSÕES.....	68
4. RECOMENDAÇÃO.....	69
5. DECISÃO	69
ANEXO.....	71
ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO	73

RELAÇÃO DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SIGLAS

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SIGLAS	DESIGNAÇÃO	ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SIGLAS	DESIGNAÇÃO
Als).	Alínea(s)	Mm.º	Meritíssimo
ARF	Auditoria de apuramento de responsabilidades financeiras	N.º(s)	Número(s)
Art.º(s)	Artigo(s)	<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (obra citada)
CCP	Código dos Contratos Públicos	Pág(s).	Página(s)
Cfr./Cf.	Conforme/ Confira	ou	
CRP	Constituição da República Portuguesa	p./pp.	
DR	Diário da República	PG	Plenário Geral
<i>Ex vi</i>	Por força	PL	Plenário
FP	Fiscalização Prévia	RTC	Regulamento do Tribunal de Contas
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> (isto é)	SRMTC	Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
<i>In</i>	No	TAFF	Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal
<i>In casu</i>	No caso vertente	TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado	TdC	Tribunal de Contas
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas	UAT	Unidade de Apoio Técnico
		1.ª S/PL	Primeira secção em Plenário

FICHA TÉCNICA

Supervisão

Miguel Pestana

Auditor-Coordenador

Equipa

Merícia Dias

Auditora-Chefe

Alexandra Carreira

Técnica Superior

1. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO

1.1. Fundamento, âmbito e objetivos

Através da Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC, proferida por esta Secção Regional do Tribunal de Contas, em sessão extraordinária realizada em 20 de setembro de 2022, no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 43/2022¹ desta Secção Regional, foi recusado o visto ao contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente. Foi, de igual modo, determinada a abertura de um processo para apuramento de responsabilidades financeiras indiciadas em sede do exercício da fiscalização prévia, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 129.º do Regulamento do Tribunal de Contas.

O contrato que corporizou o processo de visto n.º 43/2022 foi outorgado a 18 de maio de 2022 entre o Município de São Vicente e a empresa *AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.*, pelo preço contratual de 2 730 299,80€ (s/IVA) e pelo prazo de 365 dias², tendo sido celebrado na sequência de um concurso limitado por prévia qualificação, sem publicidade internacional, nos termos da alínea b) do artigo 19.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

A recusa de visto fundamentou-se na circunstância de os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados pela entidade adjudicante nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do programa do procedimento, violarem o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 3 do artigo 165.º do CCP, nomeadamente por serem excessivos face ao objeto contratual, bem como pela circunstância de as exigências estabelecidas no n.º 1 da cláusula 14.ª e 33.ª do programa do procedimento atentarem contra o disposto no n.º 1 do artigo 182.º do CCP.

Assim, a presente auditoria foi incluída no Programa anual de fiscalização da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas para 2024, aprovado pela Resolução n.º 2/2023-PG de 15 de dezembro³, na sequência da citada Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC, encontrando-se direcionada especificamente para o apuramento das eventuais responsabilidades financeiras indiciadas no mencionado processo de fiscalização prévia.

A ação insere-se no Objetivo Estratégico 2, que consiste em “[p]romover a responsabilidade e a prestação de contas dos gestores de recursos públicos e o seu controlo tempestivo e sistemático” e no eixo prioritário 2.7, que se traduz em “[a]umentar a eficácia no apuramento de eventuais infrações financeiras e na efetivação da sua responsabilidade”.

O presente documento integra, assim, os resultados da Auditoria de Apuramento de Responsabilidades Financeiras indiciadas no exercício da fiscalização prévia no âmbito do contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente, a qual consubstancia o processo de auditoria n.º 01/24-ARF.

¹ Registado nesta Secção Regional a 4 de julho de 2022.

² A contar da data da consignação da obra.

³ Publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 10, de 15 de janeiro de 2024.

1.2. Metodologia

Os trabalhos realizados seguiram a metodologia traçada no Plano Geral de Auditoria⁴, tendo consistido, essencialmente, na consolidação dos dados que integram a Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC, de 20 de setembro, confirmada pelo Acórdão n.º 2/2023-1.ª Secção-PL aprovado a 17 de janeiro de 2023, e na elaboração do Relato, ao qual se seguiu a fase do contraditório, a análise e apreciação de eventuais comentários apresentados pelos responsáveis, e a elaboração do anteprojeto de relatório. Seguiram-se, assim, no essencial os seguintes procedimentos:

- ✓ Análise dos documentos que instruem o processo de fiscalização prévia n.º 43/2022;
- ✓ Solicitação de elementos e esclarecimentos à Câmara Municipal de São Vicente⁵, determinantes para a averiguação do(s) autor(es) dos ilícitos financeiros detetados no processo de visto supramencionado;
- ✓ Recolha das normas relativas à orgânica e estrutura interna do Município de São Vicente;
- ✓ Levantamento e estudo de relatórios de auditorias, efetuadas pelo Tribunal de Contas, no âmbito dos quais foram desenvolvidos estudos referentes à imputação subjetiva das responsabilidades financeiras não processuais.

No desenvolvimento desta ação foram atendidos e adotados, com as adaptações decorrentes das especificidades próprias desta auditoria, os métodos e os procedimentos definidos no *Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas* (volume I)⁶ e no *Manual de Auditoria e Princípios Fundamentais*⁷, bem como no Regulamento do Tribunal de Contas⁸.

1.3. Quadro normativo - Estrutura Organizacional relevante do Município de São Vicente

A Câmara Municipal de São Vicente, entidade adjudicante do procedimento pré-contratual que precedeu a celebração do contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos

⁴ Aprovado mediante a Informação n.º 9/24 – DAT- UAT 1 de 04 de abril.

⁵ Através do ofício S 1849/2024, de 2024/05/20.

⁶ Aprovado pela Resolução n.º 2/99 – 2.ª Secção, de 28 de janeiro, e adaptado à SRMTC pelo Despacho Regulamentar n.º 1/01-JC/SRMTC de 15 de novembro.

⁷ Aprovado na reunião, em Plenário ordinário da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de 29 de setembro de 2016, e adotado pela SRMTC através do Despacho Regulamentar n.º 1/17-JC/SRMTC de 22 de fevereiro.

⁸ Regulamento n.º 112/2018-PG, aprovado pelo Plenário Geral do Tribunal de Contas a 24 de janeiro de 2018 (e publicado no Diário da República série II, n.º 33, de 15 de fevereiro seguinte), alterado a 24 de fevereiro de 2021 pelo mesmo Plenário, através da Resolução n.º 3/2021-PG (cfr. DR, série II, n.º 48, de 10 de março), a 29 de março de 2022, através da Resolução n.º 2/2022-PG (*vide* DR, série II, n.º 68, de 6 de abril) e a 15 de dezembro de 2023, mediante a Resolução n.º 3/2023-PG (publicada no DR, série II, n.º 5/2024, de 8 de janeiro).

em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente, tem a sua orgânica e estrutura interna aprovadas mediante os seguintes diplomas⁹:

- Despacho n.º 458/2014, publicado no Diário da República, série II, n.º 6, de 9 de janeiro;
- Despacho n.º 1467/2019, publicado no Diário da República, série II, n.º 28, de 8 de fevereiro, que aprova a “*Conformação da Estrutura Interna das Unidades Orgânicas Flexíveis e Criação de Subunidades Orgânicas no âmbito da Reorganização dos Serviços Municipais*”, as quais foram alteradas mediante o Despacho n.º 9004/2019, publicado no Diário da República, série II, n.º 193, de 8 de outubro;
- Despacho do Presidente da Câmara Municipal de São Vicente n.º 99/2023 de 16 de outubro de 2023, publicado mediante o Edital n.º 165/2023, que aprova a “*Afetação de Pessoal na Estrutura Flexível dos Serviços Municipais*”.

A estrutura flexível dos serviços municipais de São Vicente é constituída pelas seguintes Divisões (cfr. o n.º 2 do artigo 1.º do Despacho n.º 1467/2019, na sua atual redação) as quais, por sua vez, integram várias secções:

- a) Divisão Administrativa e de Gestão de Recursos Humanos;
- b) Divisão de Gestão Financeira;
- c) Divisão Jurídica e de Urbanismo;
- d) Divisão de Ambiente e Gestão de Equipamentos,

Com efeito, conforme informou a Câmara Municipal de São Vicente¹⁰, a elaboração das peças do procedimento envolveu elementos pertencentes à Divisão Jurídica e de Urbanismo, bem como ao executivo camarário, o qual tomou a decisão de contratar e de aprovar as referidas peças.

A Divisão Jurídica e de Urbanismo é constituída pelo Oficial Público, pela Secção de Urbanismo, pelo Serviço de Fiscalização Municipal, pelo Serviço de Apoio Técnico e pelo Serviço de Assessoria Jurídica e Contencioso (cfr. o n.º 2 do artigo 1.º e dos artigos 19.º a 23.º do Despacho n.º 1467/2019, na sua atual redação), não havendo quaisquer competências genéricas estabelecidas na orgânica desta Divisão.

Ainda assim, e embora não tenha sido possível identificar qual a secção que teve intervenção no âmbito deste procedimento contratual, importa referir que a prestação de “(...) *apoio e assessoria técnica aos órgãos e serviços municipais*” e a emissão de “(...) *pareceres técnicos, informações e estudos nas diversas áreas de atuação municipal*”, é da competência do Serviço de Apoio Técnico, conforme definido no artigo 22.º do aludido diploma.

⁹ Todos publicitados no site oficial do Município de São Vicente, em <https://www.cm-saovicente.pt/a-autarquia/consulta-publica/todos-os-documentos?T3Jnw6JuaWNhJmxldmVsMT04JmxldmVsMj0zMg==>.

¹⁰ Ofício n.º S 1849/2025 de 20 de maio, remetido mediante comunicação eletrónica datada de 04/06/2024.

Ademais, e não obstante a intervenção desta Divisão no procedimento pré-contratual em apreço, constatou-se que, no âmbito da orgânica e estrutura interna da Câmara Municipal de São Vicente, a secção competente para “*elaborar os cadernos de encargos e programas do concurso, em articulação com as condições técnicas/específicas prestadas pelas restantes unidades orgânica, que suportem os respetivos procedimentos pré-contratuais (...)*”, bem como para “*(...) garantir a conformidade normativa dos procedimentos pré-contratuais (...)*”, é a Secção de Contratação Pública, que integra a Divisão de Gestão Financeira (cfr. a subalínea iv) da alínea b) do n.º 2 do artigo 1.º e artigo 18.º do Despacho do Presidente da Câmara Municipal de São Vicente n.º 1467/2019 de 17 de janeiro, alterado pelo Despacho do referido Presidente da Câmara n.º 9004/2019 de 17 de agosto).

O executivo camarário do Município de São Vicente, é constituído pelos seguintes eleitos locais¹¹:

- José António Gonçalves Garcês – Presidente da Câmara Municipal;
- Fernando Simão de Góis – Vice-Presidente da Câmara Municipal;
- Rosa Maria Rodrigues Castanho Santos – Vereadora da Câmara Municipal;
- Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos – Vereadora da Câmara Municipal;
- César Gregório Nóbrega Pereira – Vereador da Câmara Municipal.

1.4. Audição prévia dos responsáveis

Em cumprimento do disposto no artigo 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas¹² (LOPTC), que consagra o princípio do contraditório nos casos sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, procedeu-se à audição¹³ do Presidente da Câmara Municipal de São Vicente, José António Gonçalves Garcês, do Vice-Presidente e Vereador da Câmara Municipal de São Vicente, Fernando Simão de Góis, dos Vereadores da edilidade, Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santos, Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos e César Gregório Nóbrega Pereira, e da Técnica Superior, afeta à Divisão Jurídica e de Urbanismo dos serviços municipais de São Vicente, Ana Cláudia Santos Mendez, relativamente ao teor do relato da auditoria.

No prazo concedido para o efeito, os responsáveis acima mencionados apresentaram as respetivas alegações em conjunto, mediante o ofício com o registo de entrada na SRMTC n.º 2160/2024 de 12 de setembro:

¹¹ Vide a já mencionada comunicação remetida pelo Município de São Vicente no âmbito da presente ARF (S 1849/2025 de 20 de maio).

¹² Aprovada pela Lei n.º 98/97 de 26 de agosto, e alterada pela Lei n.º 87-B/98 de 31 de dezembro, pela Declaração de Retificação n.º 1/99 de 16 de janeiro, pelas Leis n.ºs 1/2001 de 4 de janeiro, e 55-B/2004 de 30 de dezembro, pela Declaração de Retificação n.º 5/2005 de 14 de fevereiro, pela Lei n.º 48/2006 de 29 de agosto, pela Declaração de Retificação n.º 72/2006 de 06 de outubro, e pelas Leis n.ºs 35/2007 de 13 de agosto, 3-B/2010 de 28 de abril, 61/2011 de 7 de dezembro, 2/2012 de 2 de janeiro, 20/2015 de 09 de março, 42/2016 de 28 de dezembro, 2/2020 de 31 de março, 27-A/2020 de 24 de julho, 12/2022 de 27 de junho e 56/2023 de 6 de outubro.

¹³ Através dos ofícios S 3031/2024, 3032/2024, 3033/2024, 3034/2024, 3035/2024 e 3036/2024, todos registados nesta Secção Regional a 26 de agosto de 2024.

As alegações apresentadas neste âmbito foram analisadas e consideradas na elaboração do presente documento, nomeadamente através da respetiva transcrição parcial e inserção no ponto respetivo (*vide* o ponto 2.6 *infra*), em simultâneo com os comentários tidos por adequados.

Dando plena expressão ao princípio do contraditório, consta do Anexo ao presente Relatório uma cópia do documento enviado pelos responsáveis (com exceção dos respetivos anexos, dada a sua extensão).

2. RESULTADOS DA ANÁLISE

2.1. Dos elementos de facto e de direito

A 30 de junho de 2022, a Câmara Municipal de São Vicente remeteu a esta Secção Regional¹⁴, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente, outorgado a 18 de maio de 2022, entre o Município de São Vicente e a empresa *AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.*, pelo preço contratual de 2 730 299,80€ (s/IVA), tendo este instrumento jurídico corporizado o objeto do processo de visto n.º 43/2022.

2.1.1. Factos dados por provados em sede organicamente jurisdicional (fiscalização prévia)

No âmbito da análise preliminar ao respetivo processo de fiscalização prévia, apurou-se a factuabilidade dada como assente na Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC de 20 de fevereiro e por provada nos autos do Recurso Ordinário n.º 8/2022 – 1.ª S (processo n.º 43/2022 – SRM), interposto pelo Município de São Vicente, que originou o Acórdão n.º 2/2023-1.ª S-PL¹⁵, já transitado em julgado, ¹⁶ a qual se reproduz aqui integralmente:

“a) Em sede de verificação preliminar do processo de fiscalização prévia em apreço foi o Município de São Vicente, em 8 de julho p.p.¹⁷, instado a, entre outros aspetos:

- Demonstrar que os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados na cláusula 14.ª, n.º 1, alíneas c), d) e e), do programa do concurso limitado por prévia qualificação que antecedeu a celebração do contrato vertente, respeitam o princípio da proporcionalidade, tal como expresso no n.º 3 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos, porque se afiguram desadequados em relação ao objeto contratual, bem como que os mesmos não foram estabelecidos de modo a colidir ou a limitar os princípios da concorrência e da igualdade [vide a al. b) do nosso ofício], e*
- Informar se já foi proferida decisão no âmbito da ação de contencioso pré-contratual instaurada no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, que corresponde ao processo n.º 63/22.8BEFUN,*

¹⁴ Através do requerimento de criação de processo n.º 17/2022.

¹⁵ Aprovado pelo plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas a 17 de janeiro.

¹⁶ *Vide* o ponto II.1-Fundamentos de facto: os factos apurados [alíneas a) a aa)] da aludida Decisão e o ponto II.1 Factos provados do invocado Acórdão [n.º 8, alíneas a) a aa)].

¹⁷ *Vide* o nosso ofício n.º 1945/2022.

enviando-se, em caso afirmativo, cópia da mesma [vide a al. d) do nosso ofício], ação que foi instaurada pela TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., pela FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e pela TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., contra o Município de São Vicente, onde peticionaram o seguinte:

“(…) [termos] em que, face ao exposto, deve ser concedido provimento à presente Ação de Contencioso Pré-Contratual e em consequência:

- a) Ser declarada a ilegalidade das disposições contidas nas Cláusulas 13.ª, 14.ª e 33.ª do Programa do Procedimento, tudo com as legais consequências;*
- b) Ser declarada a ilegalidade do Ato Administrativo de Exclusão da Candidatura das Autoras, bem como do Contrato de Empreitada que, entretanto, venha a ser outorgado ou de quaisquer atos posteriores do Procedimento;*

Consequentemente,

- c) Deve o Réu ser condenado a praticar todos os atos necessários à restituição da legalidade do procedimento, entre os quais, lançar novo procedimento expurgado das normas ilegais atacadas, tudo com as legais consequências.”.*
- b) Para efeitos de resposta à questão colocada na alínea b) do nosso ofício, a Edilidade, no dia 28 do mesmo mês¹⁸, remeteu para os fundamentos constantes da contestação da referida ação de contencioso pré-contratual (vide o Anexo I ao Relatório n.º 14/2022/FP/FS), nos seguintes termos: “(…) sendo que para efeitos de resposta a esta alínea das alegações e das alegações de recurso que seguem em anexo a este ofício e que aqui devem ser considerados reproduzidos para todos os efeitos legais e como fazendo parte integrante do procedimento”.*
- c) No tocante à questão colocada na alínea d), informou que já foi proferida sentença, tendo enviando em anexo cópia da mesma, a qual julgou a ação “procedente e, consequentemente, declara-se a ilegalidade da cláusula 14.ª, n.º 1, als. c), d) e e) do programa do procedimento, anulam-se os termos subsequentes do procedimento e condena-se a Entidade Demandada a reconstituí-lo sem reincidir na dita ilegalidade”.*
- d) Mais aduziu o Município que recorreu da respetiva decisão, conforme decorre da peça processual que também remeteu (vide o Anexo II do Relatório).*
- e) Para além da questão controvertida que acima se deixou antever, o presente processo de fiscalização prévia suscitou ainda uma outra dúvida que necessitou ser esclarecida, que se prende com o facto de o Município de São Vicente ter exigido, na mesma cláusula 14.ª do programa do concurso limitado por prévia qualificação, especificamente no n.º 1, que “[n]o caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os (...) requisitos mínimos de capacidade financeira”, e na cláusula 33.ª da mesma peça, que, “[n]o caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados*

¹⁸ A coberto do requerimento resposta n.º 15/2022.

nas cláusulas 13.^a, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente (...).”

f) Na sequência do meu Despacho n.º 14/2022-FP/SRMTC, de 26 de agosto, solicitou ao Município de São Vicente que fundamentasse legalmente as exigências plasmadas nas citadas cláusulas 14.^a, n.º 1, e 33.^a, clarificando-se, designadamente, em que termos é que os requisitos de capacidade financeira eram de tal modo relevantes que tinham de ser preenchidos por todos os membros dos consórcios/agrupamentos candidatos, ou que o membro ou um dos membros com maior participação preenchesse individualmente os requisitos de capacidade técnica, isto face à natureza e ao conteúdo das prestações a adjudicar.

g) Em resposta a esta questão o Município de São Vicente argumenta que¹⁹:

- “1. A empreitada em apreço é, deveras, revestida de interesse público no sentido de que visa repor a funcionalidade do pavimento betuminoso de diversos caminhos/estradas/ruas que integram o objeto do procedimento pré-contratual, a fim de garantir boas condições para a circulação e em especial para a segurança e proteção da saúde de pessoas e bens, estando em causa, portanto, uma empreitada essencial para a vida e bem-estar quotidiano dos munícipes e da população em geral, incluindo visitantes e turistas.”
- “5. (...) relativamente à exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira a entidade cumpriu com o legalmente previsto, dispôs de forma diferente no programa do concurso, definindo como seriam cumpridos os requisitos mínimos de capacidade financeira no caso de agrupamento de candidatos.
6. Requisitos esses que foram corretamente definidos, e claro, suportados e justificados com base no valor, na dimensão, na espécie de trabalhos da empreitada, bem como na complexidade de execução (mais de 10 intervenções em vias de circulação de grande importância para o Município de São Vicente), nas obrigações de garantia e da necessidade de salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução do contrato, atenta o seu objeto e da necessidade de prevenir os graves e enormes transtornos e incómodos na vida e a normal e regular circulação da população e bens, decorrentes de atrasos e incumprimentos, muito característicos deste tipo de intervenções nas vias públicas.
7. Por outro lado, não é correta a conclusão de que a execução do contrato não implica um investimento avultado, o preço base ascende a 2.750,000,00€!
8. Mais (...) do Plano de Pagamentos e do Cronograma Financeiro, apresentados com a proposta, decorre que no terceiro mês da execução do contrato, os custos previstos serem enfrentados pelo cocontratante são de 210.042,19€ e no quarto mês são de 380.074,87€; isto porque o primeiro pagamento a efetuar pela entidade adjudicante apenas ocorrerá após a realização do 1º auto de mediação e no prazo de 60 dias, após a receção da respetiva fatura (Vide clausula 36.º do CE).

¹⁹ A coberto do requerimento resposta n.º 34/2022 de 9 de setembro.

9. *A justificação é evidente por decorrer do conteúdo das peças do procedimento, em concreto no que diz respeito à natureza da empreitada, ao seu significativo peso financeiro, à afetação de meios financeiros necessários para garantir a boa execução do contrato, e às necessidades de assegurar que a adjudicatária demonstrasse capacidade de manter a sua atividade e viabilidade a médio e longo prazo por forma a cumprir com as obrigações de garantia pelos prazos máximos (5 e 10 anos).*
10. *A exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira no sentido de que, no caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo deviam cumprir individualmente com os requisitos mínimos, teve relacionada com os fundamentos já elencados nas demais respostas ao Tribunal de Contas, na qual o Município não pôde descurar as consequências do tecido empresarial da recente crise económica e financeira, em especial a devastação ocorrida no sector da construção civil, que arrastou para a insolvência um relevante número de médias e grandes empresas de construção civil, nunca antes visto, que é do conhecimento público, nem a instabilidade e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiros da pandemia da Covid 19, que provocaram um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.*
11. *Relativamente à exigência dos requisitos mínimos de capacidade técnica, cumpriu-se mais uma vez com o disposto na lei, conforme decorre do artigo 182.º do CCP, no sentido de ser exigido o que a entidade considerou ser relevante face à natureza da prestação pela sua dimensão a nível geral do Conselho.*
12. *Com efeito, é completamente diferente ser o membro com maior participação a preencher os requisitos, do que o membro com menor participação”.*
13. *A entidade adjudicante goza de discricionariedade e liberdade, com respeito pelas normas legais e princípios previstos no CCP, na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (vide alínea h) do n.º 1 e 4 do artigo 164.º e artigo 165.º do CCP), que foi efetivamente o que fez.*
14. *Goza, igualmente, de discricionariedade no modo como pretende que os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira devem ser preenchidos no caso de agrupamentos concorrentes.*
15. *A primeira parte do n.º 1 do art.º 182 do CCP, é perspicuo a prever a possibilidade de dispor de modo diferente.*
16. *O que significa, que não está em causa uma norma imperativa, mas sim supletiva. sendo certo que não existe na Lei qualquer norma que imponha fundamentar uma decisão tomada a coberto da liberdade que a própria lei confere à entidade a quem assiste a faculdade de decidir e optar.*
17. *Como já foi supra referido, a conveniência e os fundamentos subjacentes à fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, estão suficientemente invocadas e fundamentos por remissão para os articulados apresentados na ação administrativas que integram as anteriores respostas apresentados neste processo de fiscalização prévia.*
18. *Fundamentos esses, cuja relevância é extensível à opção pelo modo do respetivo preenchimento, prevista no PP, no caso de o concorrente ser composto por um agrupamento.*

19. *Também, não é menos verdade que a experiência da vida tem ensinado que é necessário que as entidades adjudicantes, em intervenções de grande relevância público e social, com grande impacto na vida quotidiana das pessoas, minimizem os riscos que advêm dos agrupamentos concorrentes aparentes, assentes em conluio e que, em caso de incumprimento, mesmo que existindo responsabilidade solidário dos seus membros, não deixam de acarretar graves transtornos para o interesse público subjacentes à boa execução dos contratos públicos, em especial de empreitada.*
20. *Acresce que é conveniente que as intervenções em vias de circulação públicas sejam sempre executadas de modo célere e rápido, mesmo tendo sido fixado um prazo de execução reputado razoável.*
21. *Ora, a fixação do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, nos moldes em que (legal e validamente) consta do PP, foi motivada por todas as razões supra invocadas e seguramente visa unicamente evitar os graves prejuízos, incómodos e transtornos decorrentes da suspensão, interrupção e mora na execução do contrato sub judice, atento o seu objeto, no caso dos agrupamentos concorrentes”.*
- h) *A abertura do concurso limitado por prévia qualificação com vista a adjudicação da empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente – 2022 foi proposta pelo Presidente da edilidade²⁰ à Câmara Municipal de São Vicente no dia 7 de fevereiro passado.*
- i) *A Câmara Municipal, reunida em sessão ordinária de 10 de fevereiro de 2022, aprovou e autorizou, por unanimidade, a abertura do procedimento assim proposto, a par das respetivas peças²¹, tendo o necessário anúncio sido publicado no Diário da República, II Série, n.º 31, de 14 de fevereiro.*
- j) *Nos termos do caderno de encargos assim aprovado:*
- i. *O procedimento teve por objeto a “reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente - 2022” (vide os n.ºs 1 e 2 da cláusula 1.ª);*
 - ii. *O contrato deveria ser executado em 365 dias (vide a cláusula 6.ª, n.º 1), e*
 - iii. *O preço base foi fixado nos 2 750 312,34€ (s/IVA) (vide a cláusula 36.ª, n.º 1).*
- k) *Segundo a cláusula 17.ª do programa do procedimento, a qualificação dos candidatos assentaria no modelo simples de qualificação e todos os candidatos que preenchessem os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira seriam qualificados e convidados a apresentar proposta.*
- l) *Os requisitos mínimos de capacidade técnica foram assim definidos:*

“Cláusula 13.ª

Requisitos Mínimos de Capacidade Técnica dos Candidatos

²⁰ Vide a proposta n.º 32/PCM/2022.

²¹ Vide a ata da terceira reunião de 2022, págs. 70 a 79, na deliberação que ficou registada com o n.º 32/2022.

1. *Os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos são os seguintes:*

- a) *Referentes ao exercício da atividade de construção de obras públicas: Possuir e deter alvará ou certificado emitido pelo IMPIC, I.P., nos termos da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar (mais concretamente ser titular de alvará contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da empreitada), nomeadamente:*
- *1ª subcategoria da 2ª categoria, classe 6;*
 - *11ª subcategoria da 2ª categoria, classe 6;*
- b) *Referentes à experiência curricular do candidato: Ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos últimos 3 anos até à data da publicação do anúncio do presente concurso no Diário da República, que cumpram cumulativamente as seguintes características:*
- *O valor contratual de cada uma das 2 empreitadas deverá ser igual ou superior a 2.750.000,00€;*
 - *Cada uma das 2 empreitadas deverá ter prevista a execução de pelo menos 70.000 m2 de camada de desgaste betuminosa.*
- c) *Referentes à equipa técnica: O candidato tem de apresentar na sua candidatura uma equipa técnica que cumpra os requisitos a seguir indicados:*
- (i) *Um Engenheiro Civil, ou Engenheiro Técnico Civil com inscrição em vigor na Ordem dos Engenheiros, ou na Ordem dos Engenheiros Técnicos, e no mínimo com 15 anos de experiência profissional em direção de obras, até à data de publicação do anúncio no Diário da República, cujo currículo evidencie, no mínimo, nos últimos 3 anos, a direção de 2 empreitadas de obras públicas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, devendo cada uma das 2 empreitadas (concluídas ou em execução) ser de valor contratual igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros) e preverem ambas a execução de pelo menos 70.000 m2 (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa, a afetar à função de Diretor de Obra.*
 - (ii) *Um Técnico Superior de Segurança, no mínimo com 7 anos de experiência profissional efetiva, como Técnico de Segurança e/ou Técnico Superior de Segurança, até à data de publicação do anúncio no Diário da República, cujo currículo evidencie, no mínimo, nos últimos 3 anos, o exercício da função de Técnico Superior de Segurança, em 2 empreitadas de obras públicas (concluídas ou em execução) de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, devendo cada uma das 2 empreitadas ser de valor contratual igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros) e preverem ambas a execução de pelo menos 70.000 m2 (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa, a afetar à função de Técnico Superior de Segurança em Obra;*
 - (iii) *Um Encarregado Geral com formação profissional na área de técnico de obra/condutor de obra, e no mínimo com 15 anos de experiência profissional efetiva, como Encarregado ou*

Encarregado Geral, até à data de publicação do anúncio no Diário da República, cujo currículo evidencie, no mínimo, nos últimos 3 anos, o exercício da função de Encarregado Geral, em 2 empreitadas de obras públicas (concluídas ou em execução) de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, devendo cada uma das 2 empreitadas ser de valor contratual igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), e preverem ambas a execução de pelo menos 70.000m² (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa, a afetar à função de Encarregado Geral.

d) Referentes às certificações: O candidato tem de apresentar na sua candidatura as seguintes certificações:

- (i) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Qualidade, segundo a norma NP EN ISO 9001:2015;*
- (ii) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão Ambiental, segundo a norma NP EN ISO 14001:2015;*
- (iii) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Segurança e Saúde do Trabalho, segundo a norma ISO 45001:2018;*
- (iv) Garantir que os inertes e misturas betuminosas a aplicar na empreitada serão produzidas em centrais de produção certificadas por entidades acreditadas, em conformidade com as respetivas normas europeias harmonizadas, através dos documentos exigidos no ponto iv) da alínea d) da cláusula 15^a.*

2. O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15^a.

m) Por sua vez, os requisitos mínimos de capacidade financeira foram fixados na cláusula 14.^a:

“Cláusula 14.^a

Requisitos Mínimos de Capacidade Financeira dos Candidatos

1. Apenas são admitidos os candidatos que cumpram cumulativamente os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira. No caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira:

- a) Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020;*
- b) Um volume de negócios médio (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*
- c) Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*

- d) *Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*
- e) *Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020.*
- 2. *O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15.ª.*
- 3. *Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP)."*
- n) *Especificamente sobre o "Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de candidatos", ordenava a cláusula 33.ª [oficiosamente retificada pela entidade adjudicante – vide a alínea r) deste ponto do Relatório], que "No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª quando todos os membros os preencham individualmente".*
- o) *Para efeitos de qualificação dos candidatos, a sua candidatura tinha de apresentar os documentos elencados na cláusula 15.ª.*

Cláusula 15.ª

Documentos Destinados à Qualificação dos Candidatos

- 1. *A candidatura é constituída pelos documentos destinados à qualificação exigidos nos números seguintes e pelo Anexo V-M, a que se refere o n.º 1 do artigo 168.º do CCP, conforme modelo exigido pelo Anexo 8 ao presente PP.*
- 2. *Nos termos do número anterior, os candidatos deverão apresentar os seguintes documentos para a verificação do cumprimento dos requisitos mínimos capacidade técnica:*
 - a) *Referente ao exercício da atividade de construção:*

Alvará ou certificado de empreiteiro de obras públicas emitido pelo IMPIC, I.P.. O adjudicatário pode, para efeitos de comprovação das habilitações, socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas a subcontratar mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometem, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.

No caso de adjudicatário ou subcontratado nacional de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio, que não seja titular de alvará ou certificados suprarreferidos, devem cumprir com disposto no n.º 4 do artigo 3.º da Portaria n.º 37212017, conjugado com o artigo 22.º da Lei n.º

41/2015 de 3 de junho, ou seja, apresentar, em substituição daqueles documentos, uma declaração emitida pelo IMPIC, I.P. comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a celebrar por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou certificado de obras públicas, contendo as habilitações exigidas na alínea h) da cláusula 6.ª.

b) Referente à experiência curricular do candidato:

Declarações abonatórias, comprovativas de ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos termos exigidos na alínea b) do n.º 1 da cláusula 13.ª, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade com o Anexo 9.

c) Referente à equipa técnica do candidato:

O candidato deverá apresentar lista nominativa da equipa técnica a afetar à obra, em conformidade com o Anexo 10 do presente PP, a qual deve incluir em anexo: uma (i) declaração emitida e assinada por cada um dos elementos indicados para a composição da equipa técnica, em conformidade com o Anexo 11 do presente PP, bem como os respetivos (ii) currículos vitae, contendo, consoante for o caso, em anexo os certificados de habilitações, documentos comprovativos das inscrições nas respetivas ordens, CAP e certificados de formação profissional, e ainda (iii) as declarações abonatórias, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade como Anexo 12 do presente PP.

d) Referentes às certificações do candidato:

- i. Cópia do certificado emitido pela entidade acreditada no âmbito do Sistema de gestão da Qualidade segundo a norma NP EN ISSO 9001:2015;*
- ii. Cópia do certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão Ambiental, segundo a norma NP EN ISO 14001:2015;*
- iii. Cópia do certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Segurança e Saúde do Trabalho, segundo a norma ISO 45001:2018;*
- iv. Cópia dos certificados da central de produção de inertes, argamassas, betões e misturas betuminosas a aplicar na obra que atestem que as respetivas produções cumprem com a norma NP EN 206-1:2007 (Emenda 1:2008; Emenda 2:2010) e EN 13108-1:2006 + EN 13108-1:2006/AC:2008, respetivamente ou equivalente. Na eventualidade de o candidato não ser o respetivo titular, declaração do fabricante/titular dos certificados de que se compromete, incondicionalmente, a lhe fornecer os materiais em causa, acompanhada das cópias dos certificados.*

3. Nos termos do número 1, os candidatos deverão ainda apresentar os seguintes documentos referentes ao cumprimento dos requisitos mínimos da capacidade financeira:

- a) Declaração de acordo com o Anexo 6, na qual ateste o cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no n.º 1 da cláusula 14.ª do presente PP.*

- b) *Declarações de Informação Empresarial Simplificada (IES), entregues e validadas pela Administração Fiscal, relativas aos anos de 2018, 2019 e 2020, caso o candidato tenha três exercícios de atividade ou relativas aos anos concluídos;*
- c) *Caso se aplique, e para os efeitos previstos no ponto 3 da cláusula 14.ª, declaração bancária emitida de acordo com o modelo constante do Anexo 7 ao presente PP;*
- d) *Tratando-se de uma entidade estabelecida fora do Território Nacional, o candidato deve indicar os valores a considerar para efeitos de comprovação dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, referente aos anos 2018, 2019 e 2020.*
- 4. *Certidão do Registo Comercial atualizado candidato ou de cada um dos membros do agrupamento que o compõem, ou indicação dos respetivos códigos de acesso.*
- 5. *Quando o candidato recorra a terceiros para o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica, independentemente do vínculo que com eles estabeleça designadamente o de subcontratação, a respetiva candidatura deve ainda ser constituída por uma declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar.*
- 6. *A falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão da candidatura.”*
- o) *Foi definido como critério de adjudicação “o do preço mais baixo, conforme estipulado na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP”, i.e., a avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar, de acordo com a cláusula 21.ª, n.º 1, do programa do procedimento, encontrando-se o critério de desempate definido no n.º 2 da mesma cláusula, relacionado com o preço mais baixo em diferentes pontos do mapa de quantidades.*
- p) *No dia 16 de fevereiro de 2022, no âmbito e ao abrigo do art.º 50.º do Código dos Contratos Públicos, que tem como epígrafe Esclarecimentos, retificação e alteração das peças do procedimento, veio a TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., que veio a integrar o agrupamento candidato constituído pelas empresas FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., “[a]pós análise dos elementos disponibilizados para qualificação/concurso (...)”, “(...) questionar se os valores indicados na cláusula 14.ª do Programa de Procedimento referentes aos requisitos mínimos de capacidade financeira, nas alíneas a) a e) do ponto 1 da referida cláusula se encontram corretos, uma vez que, da nossa experiência em Concursos Limitados por Prévia Qualificação nunca nenhum Dono de Obra solicitou o cumprimento de rácios desta ordem de grandeza.*

A título de exemplo para um procedimento limitado por Prévia Qualificação com um preço base e complexidade muitíssimo superior, da ordem dos 200.000.000,00 €, foi-nos solicitado o cumprimento dos seguintes requisitos mínimos:

Autonomia Financeira igual ou superior a 25%

Liquidez Geral igual ou superior a 1,30

Solvabilidade Financeira igual ou superior a 100%

O que contrasta com os valores agora solicitados A saber:

Autonomia Financeira igual ou superior a 60%

Liquidez Geral igual ou superior a 4,0

Solvabilidade Financeira igual ou superior a 200%

Questionamos também a exigência contante no ponto 1 da cláusula 14.^a do Programa de Procedimento relativamente a agrupamentos, em que todos os membros devem cumprir individualmente com os requisitos mínimos, uma vez que no caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade Financeira desde que, relativamente a cada Requisito, algum dos membros do agrupamento o preencha individualmente, tal como previsto no CCP”.

r) Também a RIM - Engenharia e Construções, S.A., no mesmo dia, requereu ao Município de São Vicente que corrigisse o programa do concurso limitado por prévia qualificação na referida cláusula 14.²², na medida em que entendia o seguinte:

“I) Breve Enquadramento:

- 1. A empreitada em questão não tem qualquer carater de complexidade técnica pois trata-se na sua maioria de repavimentação de arruamentos já existentes.*
- 2. O valor base da empreitada é de 2.750.312,34€ (Dois milhões setecentos cinquenta mil trezentos doze euros e trinta quatro cêntimos).*
- 3. Trata-se de um concurso limitado por prévia qualificação.*
- 4. Uma vez escolhido este tipo de procedimento, a entidade adjudicante goza de uma relevante margem de discricionariedade na definição dos requisitos mínimos de capacidade a aplicar. Contudo discricionariedade não equivale a arbitrariedade.*
- 5. No caso da contratação pública identifica-se sempre, de um lado, a necessidade aquisitiva a satisfazer o interesse público concretamente identificado, a par de outras vinculações a que as entidades adjudicantes estão sujeitas, como os princípios da economia, eficiência e eficácia e, de outro, os princípios da transparência, de igualdade e da concorrência (cfr. Artigo 1.º A n.º 1 do Código dos Contratos Públicos).*
- 6. Em especial no caso do concurso limitado, o legislador foi expresso em indicar os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que têm de ser adequados à natureza das prestações do objeto do contrato a celebrar, mas além desta adequação os requisitos a definir devem igualmente obediência ao princípio da proporcionalidade, na vertente da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito.*
- 7. Para o efeito definiu os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira de acordo com cláusula 13.^a e 14.^a do programa de procedimento.*

²² Para além da cláusula 13.^a, mas sobre a qual não nos debruçaremos no presente contexto, porque as exigências aí vertidas não se afiguram ser tão desproporcionais como as fixadas na cláusula 14.^a.

8. *No caso concreto o Município de São Vicente extravasou por completo as definições desses requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiros.*

Senão vejamos,

(...)

15. *As alíneas c), d) e e) dos requisitos mínimos de capacidade financeira são completamente absurdos, pondo em causa o princípio da proporcionalidade, na vertente da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito.*
16. *Ora a saber, ainda recentemente foi lançada na Região uma empreitada cujo valor base era de 7.025.000,00€ com uma complexidade muitíssimo superior e nada comparável à presente.*
17. *Os requisitos mínimos financeiros a cumprir, para os anos 2017, 2018 e 2019 foram:*
- Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2019 que é igual ao solicitado neste procedimento.*
 - Um volume de negócios (média aritmética) referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, igual ou superior a 12.500.000,00€, sendo que neste procedimento são solicitados 5.500.000,00€, em linha de conta com este. –*
 - Uma autonomia financeira média (média aritmética) referente aos exercícios de 2017, 2018, 2019, igual ou superior a 20%, sendo que neste procedimento é solicitado 60 %, ou seja, três vezes superiores a este*
 - Uma liquidez geral média (media aritmética) referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, igual ou superior a 1.2, sendo que neste procedimento é solicitado 4.0, ou seja, quase quatro vezes mais de que este !!!!*
 - Solvabilidade geral positiva igual ou superior a 25%o à data de 31 de dezembro de 2019, sendo que neste procedimento é solicitado 200%, ou seja, oito vezes superior este !!!!!*
18. *Verifica-se assim, que a exigência plasmada na alínea c), d) e e) da cláusula 14.^a é completamente absurda e excessiva face à finalidade por ela pretendida.*
19. *Constatamos ainda que a alternativa apresentada pelo Município ao preenchimento dos requisitos financeiros é a apresentação de declaração bancária, que é completamente desajustado ter de realizar um depósito prévio no valor da empreitada apenas para poder apresentar candidatura ao presente procedimento.*
20. *A verificação da enorme incongruência incorrida, determina que o Município de São Vicente, proceda à sua retificação, nos termos do artigo 50 do n.º 7 do CCP. Com esta retificação permite-se uma exigência quantitativamente distinta, necessária, adequada e razoável à finalidade pretendida, de obtenção de uma garantia da capacidade técnica e financeira dos concorrentes que venham a ser qualificados e convidados a apresentar proposta.*

Da formação de consórcios,

21. *Podemos afirmar que a exemplo de outros procedimentos públicos da mesma natureza na Região basta uma das empresas possuir a experiência solicitada para que o consórcio beneficie dessa mesma experiência. O que aqui não se verifica!*
22. *Questionamo-nos quantas empresas existem na Região que consigam preencher os requisitos aqui solicitados?"*
- r) *O Presidente do Executivo do Município de São Vicente, nesta sequência, apresentou uma proposta²³ a discussão e votação na reunião de Câmara de 24 de fevereiro de 2022, sendo que a mesma foi aprovada por unanimidade²⁴. Assim:*

"I. Dos esclarecimentos

(...)

2.3. Os requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos, identificados nas alíneas a), b), c) e d) do n.º 1 da cláusula 14.ª são definidos de acordo com a conveniência e com o interesse da entidade adjudicante, pelos que são os que constam expressamente no programa do procedimento.

2.4. Mantém-se o disposto no ponto 1 da cláusula 14.ª do Programa de Procedimento.

2.5. Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP).

II. Dos erros e omissões do programa do procedimento

3. O órgão competente para a decisão de contratar vem, oficiosamente, proceder à retificação do seguinte erro da peça do procedimento designada programa do procedimento:

3.1. Onde se lê:

«Cláusula 33.ª

Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiros indicados nas cláusulas 13.e 14., desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente.»

Deverá ler-se:

«Cláusula 33.

Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13ª, desde que o membro ou um dos membros com maior

²³ Vide a Proposta n.º 41/PCM/2022 de 18 de fevereiro.

²⁴ Pela Deliberação n.º 39/2022.

participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na clausula 14.ª quando todos os membros os preencham individualmente».

- s) *Apresentaram candidaturas as empresas AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., RIM - Engenharia e Construções, S.A., e o agrupamento constituído pelas firmas TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., pela FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e pela TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A..*
- t) *Após a análise das candidaturas o júri elaborou o relatório preliminar a 25 de fevereiro, no qual propôs, por unanimidade:*
- A qualificação da candidata AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.,*
 - A exclusão da RIM - Engenharia e Construções, S.A., com fundamento na al. e) do n.º 2 do art.º 184.º do Código dos Contratos Públicos, por falta de apresentação de todos os documentos de qualificação exigidos no programa do procedimento, e com fundamento na al. l) do n.º 2 do mesmo art.º 184.º, por não preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira definidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do mesmo programa, designadamente o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%, pois quedou-se nos 29,86%; o da liquidez geral média (média aritmética), referente aos mesmos exercícios, igual ou superior a 4,0, que se ficou nos 1,56, e o da solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020, visto ter indicado 63,04%, e*
 - A exclusão do agrupamento constituído pelas empresas TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., FARROBO, Sociedade de Construções, S.A. e TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., com fundamento nas citadas als. e) e l) do n.º 2 do art.º 184.º do CCP, porque também não apresentou todos os documentos de qualificação elencados no programa do concurso limitado por prévia qualificação, nem preencheu os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas mesmas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª desta peça processual. Em concreto, o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%, tendo este ficado, no que concerne a cada uma daquelas firmas, nos 56,07%, 8,70% e 69,02%; o requisito da liquidez geral média (média aritmética), referente aos mesmos exercícios, igual ou superior a 4,0, que se ficou nos 2,09, 1,33 e 2,90, respetivamente, e o da solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020, cifrados nos 117,49%, 5,79% e 204,71%.*
- u) *Tendo em conta a deliberação do júri de propor a sua exclusão, veio este agrupamento candidato, em sede de audiência de interessados, “(...) requerer a admissão da candidatura apresentada, devendo ser elaborado Relatório Final a que se refere o artigo 186.º do CCP, em que proponha a sua admissão”, após rebater profusamente os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira definidos pelo Município de São Vicente, pondo essencialmente em causa a sua proporcionalidade face ao objeto do contrato a celebrar.*

v) O júri, a 11 de março de 2022, elaborou o relatório final onde deliberou manter as suas propostas de exclusão, não atendendo à pronúncia formulada por aquele agrupamento, por conta dos argumentos que a seguir se expõem:

- “2.2. O prazo de execução do contrato e de 365 dias e refere-se à reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente;
- 2.3. O valor base desta empreitada e de 2.750,312,34 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil, trezentos e doze euros e trinta e quatro cêntimos);
- 2.4. Os requisitos mínimos de capacidade financeira estipulados na clausula 14.^a do programa do procedimento foram os requisitos que o Município de São Vicente considerou como adequados, proporcionais e justos visando uma seleção de concorrentes capazes de mobilizar ao meios financeiros previsivelmente necessários para o bom e integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar, conforme estipulado no n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação; Senão vejamos:
- 2.5. A crise económica e financeira que conduziu ao PAEF afetou especialmente o sector da construção civil, tendo deixado um rasto de insolvências de empresas de construção civil, algumas das quais consideradas grandes e médias empresas;
- 2.6. Atualmente, vivemos uma época de instabilidade e insegurança, causadas pelos efeitos económicos e financeiros da pandemia, cujo impacto nos preços dos materiais pode provocar problemas de cumprimento às empresas em situação de vulnerabilidade.
- 2.7. Foram por estas razões que, a Câmara Municipal de São Vicente, ao fixar os requisitos mínimos de capacidade financeira constantes do Programa do Procedimento, procurou unicamente garantir a boa e regular execução do contrato, principalmente face à sua dimensão que se repercute por todo o Concelho de São Vicente, com grandes reflexos na vida do dia-a-dia dos munícipes por os riscos de incumprimentos serem suscetíveis de causar graves inconvenientes e prejuízos na circulação de pessoas e bens;
- 2.8. A Câmara Municipal de São Vicente quis assegurar com um grau de certeza e razoabilidade que selecionaria um candidato com aptidão e idoneidade para executar a obra em questão, pelo que procurou garantir que não seria confrontada com uma empresa a contratar sem capacidade (financeira e técnica) e que pudesse apresentar um cenário de dificuldades financeiras, com riscos de se repercutir na boa execução do contrato, gerando, com isso, consequências gravosas e transtornos para a entidade adjudicante Câmara Municipal de São Vicente;
- 2.9. Além de que num cenário de incumprimento de contrato por falta de capacidade financeira, todo o concelho de São Vicente seria também afetado uma vez que as intervenções desta empreitada são executadas em vários arruamentos do Concelho pelo que, nessa hipótese, provocaria relevantes adversidades, contrariedades e prejuízos no âmbito da população e circulação concelhia provocada pelas obras suspensas/paradas;

- 2.10. *Relativamente aos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no Programa do Procedimento, foi exigido um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020, o que se considera completamente normal;*
- 2.11. *Foi exigido um volume de negócios médio (média aritmética), referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5,500.000,00 €, o que não excede o dobro do valor do contrato, em observância do disposto no n.º 3 do art.º 165.º do CCP;*
- 2.12. *Relativamente à autonomia financeira média (média aritmética) exigida, referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, não é excessiva e é aquela que a Câmara Municipal de São Vicente considerou oferecer garantias de estabilidade, tendo em conta o colapso e o rasto de insolvências no sector da construção civil nos últimos anos, bem como por ser especialmente necessário, atenta a natureza e objeto da empreitada, evitar riscos de incumprimentos suscetíveis de causar graves transtornos à normal e regular circulação de pessoas e bens;*
- 2.13. *A liquidez geral média (média aritmética) exigida referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 não é desproporcional e a exigência de solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200 % à data de 31 de dezembro de 2020 também não é excessiva atentos os fins de interesse público que urge salvaguarda com a boa execução da empreitada.*
- (...)
- 2.26. *Assim, a exigência dos requisitos mínimos financeiros visa garantir a solvabilidade, a qualidade e a fiabilidade do concorrente para satisfazer a execução da empreitada que lhe possa ser adjudicada;*
- (...)
- 2.28. *Depois, porque se compreende que a Câmara Municipal de São Vicente quisesse assegurar que só pudesse concorrer quem tivesse a capacidade necessária, em termos de recursos humanos e financeiros, que lhe garantisse o correto cumprimento do objeto do contrato, e parece-nos claro que essa garantia podia ser melhor prestada por operadores económicos que desenvolvam atividade no mercado com os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira estipulados no Programa do Procedimento;*
- 2.29. *Face ao exposto, não há aqui qualquer violação aos princípios da igualdade, proporcionalidade, e da concorrência dado não haver nenhuma infundada nem injustificada referência relativa aos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica estabelecidos, sendo que, aliás, os respetivos requisitos são deveras relevantes face a natureza da prestação pela sua dimensão a nível geral do Concelho;*
- 2.30. *Trata-se, pois de uma área onde, dentro do uso de poderes discricionários a entidade adjudicante goza de uma autonomia na fixação de requisitos que a mesma considera convenientes para salvaguardar o interesse público que subjaz às garantias da boa execução do contrato;*
- 2.32. *Face ao exposto, as fixações dos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica patentes do Programa do Procedimento não são desproporcionais, nem violam o princípio da concorrência, nem tão pouco são desadequados face ao objeto e finalidades do objeto da empreitada*

e, portanto, não são uma restrição violadora dos princípios gerais que enformam a atividade administrativa, máxime, como já referido os da concorrência, da proporcionalidade e igualdade;

- 2.33. *Por outro, lado, estando em causa a adoção do modelo simples de qualificação, é hoje inteiramente possível aos candidatos, quando não logram preencher os requisitos de capacidade financeira que a entidade adjudicante considerou convenientes fixar, equivaler o respetivo preenchimento através da apresentação de uma declaração bancária, conforme modelo constante do anexo VI ao CCP, nos termos e para os efeitos previstos na al. a) do n.º 2 do seu art. 179.º;*
- 2.34. *O que significa que, atualmente, a lei confere aos candidatos uma forma alternativa de oferecer o cumprimento das garantias financeiras pretendidas, através da apresentação da mencionada declaração bancária, sendo contraproducente alegar a impossibilidade da sua obtenção, por ser na medida em que, se as instituições bancárias recusarem a sua emissão não seria admissível nem faria sentido exigir à Administração Pública que aceitasse um candidato que se encontrasse nessas circunstâncias;*
- 2.35. *Concluindo, a fixação dos respetivos requisitos em apreço é racional e está nitidamente conectada com o objeto do contrato, foi efetuada dentro dos poderes discricionários, com respeito pelas normas legais e pelos princípios da proporcionalidade, adequação, não discriminação, igualdade e concorrência”.*
- w) *Nessa ensejo, deliberou o Executivo Camarário²⁵, a 17 de março de 2022, em conformidade com o proposto no relatório final da fase de qualificação, qualificando a AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., e convidando-a a apresentar proposta, e excluindo a RIM - Engenharia e Construções, S.A., e o agrupamento integrado pela TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., pela FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e pela TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., tendo todos os candidatos sido notificados em simultâneo do teor dessa deliberação.*
- x) *A 22 de abril de 2022, o júri elaborou o relatório de análise da proposta apresentada pela AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., tendo proposto a respetiva adjudicação, o que aconteceu por deliberação unânime da Câmara Municipal de São Vicente reunida a 28 de abril de 2022²⁶, tendo o contrato ora submetido a fiscalização prévia sido celebrado no dia 18 de maio subsequente.*
- y) *O agrupamento excluído em sede de qualificação do candidatos, porque em desacordo com os fundamentos que originaram essa exclusão, intentou a já referida ação de contencioso pré-contratual no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal a 25 de março de 2022, que corresponde ao processo n.º 63/22.8BEFUN, contra o Município de São Vicente, tendo sido a ação julgada procedente e ainda declarada “a ilegalidade da cláusula 14.ª, n.º 1, als. c), d) e e) do programa do procedimento”; anulados “os termos subsequentes do procedimento e” condenada “a Entidade Demandada a reconstitui-lo sem reincidir na dita ilegalidade”.*

²⁵ Vide a Deliberação n.º 47 na ata da sexta reunião de 2022.

²⁶ Vide a Deliberação n.º 55/2022 na ata da décima reunião de 2022.

z) O Município de São Vicente interpôs recurso para o Tribunal Central Administrativo-Sul, o qual ainda não proferiu decisão (vide o Anexo II ao Relatório n.º 14/2022/FP/FS).”

A factualidade dada como assente na Decisão foi impugnada pelo Município de São Vicente no âmbito do recurso ordinário interposto por aquela Edilidade para o plenário da 1.ª Secção do Tribunal.

No entanto, o referido plenário julgou improcedente o pedido de alteração da matéria de facto, “(...) mantendo-se intocado o elenco factual fixado na decisão a quo”²⁷ (vide os pontos II.1 e III.2 do Acórdão em apreço, e, bem assim, o ponto 2.3 do presente).

2.1.2. Factos apurados no âmbito da presente Auditoria

Como não foi possível determinar qual/quais o(s) autor(s) das infrações financeiras detetadas através da análise aos elementos que instruíram o processo de visto n.º 43/2022, **interpelou-se o Município de São Vicente²⁸ para:**

- a)** Informar, detalhadamente, sobre o percurso administrativo (desde a manifestação da necessidade de contratar, preparação das peças, abertura do procedimento e definição da composição do júri, adjudicação e celebração do contrato) associado à tramitação do procedimento de contratação pública tendente à celebração do contrato de empreitada para a “reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente – 2022”, com:
 - i.** A Indicação concreta da natureza da intervenção de cada departamento e/ou serviço e das responsabilidades dos diversos intervenientes;
 - ii.** A identificação dos respetivos responsáveis (nomes, cargos e domicílio profissional ou pessoal);
- b)** Identificar o autor da informação técnica respeitante à “Proposta de decisão de contratação de Concurso Limitado por Prévia Qualificação da empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais – 2022 (Proposta n.º 32/PCM/2022), remetendo-se cópia do citado documento devidamente assinado pelo mesmo;
- c)** Informar acerca de eventuais desenvolvimentos verificados no âmbito do processo n.º 63/22.8BEFUN, indicando-se, adicionalmente, qual o estado do respetivo processo.

Nessa sequência o presidente do Município respondeu²⁹ ao solicitado e informou que: “(...)

²⁷ Cfr. o Acórdão n.º 2/2023 de 17 de janeiro, pág. 43.

²⁸ Mediante o ofício n.º S 1849/2024 de 20 de maio.

²⁹ Através do ofício n.º 1031/2024 de 04/06/2024, remetido mediante comunicação eletrónica datada de 4 de junho de 2024.

a) i.

“Através de despacho n.º 14/2021 datado de 27 de janeiro de 2021 foi adjudicado à empresa Enginav – Projetos, Lda., a aquisição de serviços para a elaboração de projeto de execução de reparações e asfaltamento em diversos arruamentos, estradas e caminhos municipais no Concelho de São Vicente.

- Posteriormente, a manifestação da necessidade de contratar foi uma decisão tomada pelo Órgão Executivo Câmara Municipal de São Vicente e, nessa sequência, a Jurista – Técnico Superior Ana Cláudia Santos Mendez preparou as minutas das peças do procedimento à exceção dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que ficaram a cargo do Órgão Executivo Câmara Municipal de São Vicente. [negrito e sublinhado nosso].

- Na sequência da decisão da manifestação de contratar, a abertura do procedimento foi formalizada na plataforma acingov por José António Gonçalves Garcês, Presidente da Câmara Municipal, tendo o procedimento sido publicado pela Jurista – Técnico Superior Ana Cláudia Santos Mendez.

- A definição da composição do júri, adjudicação e celebração do contrato foram decisões tomadas pelo Órgão Executivo Câmara Municipal de São Vicente (...).”

a) ii.

“Nome/Cargo/Domicílio Profissional dos elementos que compõem o órgão executivo Câmara Municipal:

- José António Gonçalves Garcês – Presidente da Câmara Municipal de São Vicente; domicílio profissional: Largo do Município, n.º 2, Vila de São Vicente, 9240-225, São Vicente.

- Fernando Simão de Góis – Vice-Presidente e Vereador da Câmara Municipal de São Vicente: domicílio profissional: Largo do Município, n.º 2, Vila de São Vicente, 9240-225, São Vicente.

- Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santos – Vereadora da Câmara Municipal de São Vicente; domicílio profissional: Largo do Município, n.º 2, Vila de São Vicente, 9240-225, São Vicente.

- Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos – Vereadora da Câmara Municipal de São Vicente; domicílio profissional: Largo do Município, n.º 2, Vila de São Vicente, 9240-225, São Vicente.

- César Gregório Nóbrega Pereira – Vereador sem pelouro da Câmara Municipal de São Vicente; domicílio profissional: Largo do Município, n.º 2, Vila de São Vicente, 9240-225, São Vicente.

Nome/Cargo/Domicílio profissional do elemento que preparou as minutas das peças do procedimento, à exceção dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira:

- Ana Cláudia Santos Mendez, Jurista – técnico superior, afeta à Divisão Jurídica e do Urbanismo; domicílio profissional: Largo do Município, n.º 2, Vila de São Vicente, 9240-225, São Vicente.

(...)”

Relativamente à informação solicitada na alínea b), a CMSV informou que “[o] autor da informação técnica foi a jurista – Técnico Superior Ana Cláudia Santos Mendez.”

Quanto ao estado da ação administrativa que correu termos sob o processo n.º 63/22.8BEFUN, no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, o Município em apreço informou que:

“- Na sequência da notificação da doughta sentença proferida pelo TAF do Funchal, que julgou a ação procedente, o Município de São Vicente, inconformado interpôs recurso de Apelação, para o venerando Tribunal Central Administrativo do Sul.

Por doughto Acórdão do Digníssimo Tribunal Central Administrativo do Sul, foi o recurso interposto julgado procedente, e, em consequência, a ação julgada improcedente, tendo-se concluído pela integral validade das peças do procedimento, inclusive dos requisitos de capacidade técnica e financeira.

- A A. TECNOVIA, interpôs recurso de revista.

- Nas suas contra-alegações, o Município de São Vicente invocou, em face do trânsito em julgado da decisão de recusa do visto pelo Tribunal de Contas, e por ter extinto e aberto um novo procedimento pré-contratual com o mesmo objeto, a inutilidade superveniente da lide.

- A qual veio a ser julgada procedente, tendo sido declarada a extinção da instância recursiva, e consignado na respetiva decisão que o “Tribunal de Contas não formula juízos de ilegalidade de actos ou contratos que caem sob a sua alçada”.

- Em consequência, manteve-se o decidido pelo Ac. do TCAS; destaca-se que o procedimento de concurso público em causa, foi extinto, não tendo o contrato produzido quaisquer efeitos, apesar de a ação ter vindo a ser julgada improcedente e se ter concluído pela validade das cláusulas colocadas em crise.

- Em anexo, junta-se cópia do Acórdão do TCAS e da decisão de extinção da instância recursiva por inutilidade superveniente da lide.”

Em suma e para o que aqui interessa:

- i. Os requisitos mínimos de capacidade financeira, plasmados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do programa do procedimento, foram definidos pelo órgão executivo da Câmara Municipal de São Vicente.
- ii. As demais cláusulas das peças do procedimento, onde se inclui a cláusula 33.ª do programa de concurso, foram elaboradas pela Técnica Superior (jurista) Ana Cláudia Santos Mendez, afeta à Divisão Jurídica e de Urbanismo, a qual foi, de igual modo, a autora da informação que o Presidente da Câmara levou ao executivo camarário a fim de obter a autorização para contratar e a aprovação das peças do procedimento (proposta n.º 32/PCM/2022).

2.1.3. A questão de direito suscitada

Os factos dados como assentes, transcritos no ponto antecedente, suscitaram diversas questões jurídicas que foram enquadradas e analisadas no âmbito da nossa **Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTTC de 20 de setembro**, cujos fundamentos de Direito a seguir se reproduzem (*vide* o ponto II.2-Fundamentos de direito: aplicação do Direito aos factos apurados³⁰ da aludida Decisão).

«As questões a resolver prendem-se com o facto de, no domínio do concurso limitado por prévia qualificação de que aqui se cuida, a Câmara Municipal de São Vicente ter aprovado um programa do concurso com cláusulas que se afiguram ser ilegais, designadamente por conterem exigências, em termos de capacidade financeira e técnica, contrárias à lei e ao princípio jurídico da proporcionalidade, um dos que norteia os procedimentos de formação de contratos públicos.

A)

Vejamos, pois, se os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados na cláusula 14.ª n.º 1 alíneas c), d) e e) do referido programa, são ou não excessivos em relação ao exigível por causa do objeto contratual, não observando o princípio da proporcionalidade nos termos consagrados no n.º 3 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos³¹ (e também expressamente previsto no n.º 1 do art.º 1.º-A do mesmo Código, no n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa e no art.º 7.º do Código do Procedimento Administrativo).

Os princípios jurídicos são comandos jurídicos a concretizar na maior medida possível em cada situação concreta, pela jurisprudência ou doutrina jurídica e especialmente pela jurisprudência dos tribunais, utilizando-se para tal os postulados da proporcionalidade e da igualdade, por força de uma regra ou metaprincípio que o determina. O chamado princípio da proporcionalidade, tal como a igualdade quando utilizada como máxima metódica, não é um verdadeiro princípio normativo; é uma regra ou máxima metódica e um postulado concretizador das normas que sejam princípios jurídicos e até um postulado de aplicação das normas que sejam regras jurídicas, tendo-se presente que o Direito em geral e cada ordem jurídica em particular resultam de uma pretensão de ordem, de segurança e de igualdade numa dimensão real-social ou factual.

No que à contratação pública diz respeito, consideramos, sob a égide da CRP e do CCP – e na linha de PEDRO F. SANCHÉZ (“CCP e Constituição: ...”, in A Constituição e a Administração Pública, coord. de Pedro F. Sánchez e Luis Alves, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 35-63), que as normas jurídicas fundamentais são as seguintes:

1º - constitucionalidade e legalidade em sentido estrito (artigos 3.º n.º 3 e 266.º n.º 1 da CRP),

³⁰ Vide página 16 e seguintes da Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTTC.

³¹ “3 - 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.”

- 2º -*prossecução do interesse coletivo (artigo 266.º n.º 1 da CRP),*
- 3º -*sã concorrência do mercado no acesso à contratação pública,*
- 4º -*igualdade de tratamento,*
- 5º -*publicidade e transparência,*
- 6º -*proporcionalidade ou proibição do excesso, seja como norma de ação, seja como norma de controlo*³²,
e
- 7º -*imparcialidade administrativa.*

A proibição do excesso tem, na contratação pública, um específico pendor instrumental (prevenir a restrição da concorrência e resolver antinomias normativas), razão pela qual está positivada nos n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º do CCP, aqui aplicáveis uma vez que tratamos, no caso em apreço, de requisitos de capacidade técnica e de capacidade financeira dos candidatos num concurso público por prévia qualificação (cf. João Pacheco de Amorim, Introdução ao Direito dos C.P., 2021, pp. 552-554). Atua aqui, como quase sempre, num contexto de relação (adequada, necessária e equilibrada) entre um meio/instrumento e um fim/objetivo (cf. SÉRVULO CORREIA, Legalidade e Autonomia..., p. 670).

Ora, o programa do procedimento corporiza o regulamento administrativo que define os termos a que deve obedecer a fase de formação do contrato público (cfr. o art.º 41.º do Código dos Contratos Públicos), programa que, 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), 165.º n.º 1, 164.º n.º 4 e 165.º n.ºs 3 e 4 do Código dos Contratos Públicos), requisitos esses a aferir na fase de qualificação (cfr. os art.ºs 184.º e ss. do mesmo diploma).

O citado art.º 165.º n.º 1 estatui que os “(...) [r]equisitos mínimos de capacidade técnica (...) [d]evem 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 dos candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar”.*

Por sua vez, o n.º 3 do mesmo art.º 165.º dispõe que “[o]s 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

³² Cf. VITALINO CANAS, **Discrecionabilidade, Vinculação, Proporcionalidade**, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, pp- 23-28.

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”.

Temos, assim, que os requisitos de capacidade financeira deverão ser fixados com o propósito de assegurar que os candidatos dispõem de meios económicos e financeiros para fazer face aos custos que terão de suportar com a execução do contrato.

Como assinala PEDRO COSTA GONÇALVES a esse propósito³³, “[a] formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a um poder de que dispõem as entidades adjudicantes para definirem as condições administrativas de acesso aos operadores económicos a um mercado (em concreto, ao «mercado específico» delimitado pelo procedimento). Trata-se, além disso, de condições administrativas de carácter assumidamente restritivo por relação às condições legais de exercício da atividade a que o contrato se reporta: as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a vedar o acesso ao mercado (o «mercado específico») um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionamento ad hoc, determinado caso a caso, por cada entidade adjudicante. Não é preciso acrescentar mais considerações para se perceber que se impõe, neste campo, a delimitação de limites jurídicos ao exercício do poder de formulação das condições administrativas de acesso ao procedimento de adjudicação de contratos públicos”.

Assim, prossegue³⁴, “(...) de um modo geral, a formulação dos requisitos de capacidade tem de respeitar os princípios gerais da contratação Pública e os princípios de Direito Administrativo, designadamente os princípios da concorrência e da proporcionalidade(a exigência de adequação, uma dimensão do princípio da proporcionalidade, está de resto inscrita logo no n.º 1 do artigo 165.º): não podendo ser desproporcionados (exagerados, abusivos e desadequados) em face da natureza e do tipo de prestações a executar, os requisitos mínimos de participação também não podem ser formulados de modo a ter por efeito a restrição, limitação ou falseamento da concorrência”.

E, “como se conclui no Acórdão do TCAS de 24/05/2018, 1647/17 IBESNT, “[a] fixação de requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos ao concurso, traduzindo se no exercício de uma atividade discricionária, não é arbitrária, estando sujeita ao controlo da legalidade dos tribunais. Estão em causa requisitos mínimos que têm de ser preenchidos pelos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação, cuja fixação estabelece uma exigência técnica e/ou financeira que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência, assumindo-se como um fator limitativo de concorrência no caso de se estabelecer como requisitos mínimos exigências que não relevam para o objeto do contrato a celebrar ou que não sejam necessárias face à natureza das prestações a contratuais a adjudicar, sendo inadequados ou desproporcionados”.

³³ In **Direito dos Contratos Públicos**, 5.ª edição, Almedina, 2021, pág. 743.

³⁴ In *op.cit.*, págs. 743 e 744.

No mesmo sentido, veja-se JORGE ANDRADE DA SILVA³⁵: “[a] fixação dos requisitos mínimos, sendo discricionária, não é arbitrária. Essa fixação, exatamente por respeitar a requisitos mínimos, estabelece desde logo uma fasquia de exigência técnica e/ou financeira que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência. Portanto, é um fator de limitação da concorrência. Por isso, (...) erigir requisitos mínimos inadequados ou desproporcionados, constitui uma viciação das regras da concorrência, pois seria uma forma indireta de discriminação. O que ofende (...) valores da necessidade, proporcionalidade, adequação e concorrência, colocando em crise a validade da respetiva decisão e da própria decisão de escolha do procedimento”.

Por último, PEDRO DANIEL S. N. INÊS³⁶ advoga que, “No plano procedimental, em homenagem à salvaguarda da iniciativa económica privada, um dos corolários deste princípio em estudo é o dever de a entidade adjudicante não definir requisitos de acesso/exigências ao procedimento em termos tais que conduzam a uma limitação desproporcionada, injustificada e desigualitária (...) quanto ao mercado habilitado a aceder a esse procedimento”

(...)

Assim, não obstante a margem de discricionariedade que é atribuída à entidade adjudicante no que concerne, nomeadamente, à definição dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os potenciais candidatos devem preencher, tal liberdade encontra-se limitada pelos Princípios da Proporcionalidade e da Concorrência. Ou seja, na fixação de tais exigências terão de estar presentes os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da proteção subjetiva dos potenciais concorrentes, visando assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar.

Pelo que, a definição dos requisitos não poderá ser feita em abstrato, sem qualquer conexão ao contrato que visa celebrar, na sequência do procedimento.”

Posto isto, o que se exige então às entidades adjudicantes é que, perante a função e os objetivos dos procedimentos em causa, não adotem medidas restritivas ou desnecessárias e inadequadas ao efeito, potenciando a redução do universo concorrencial, ou seja, que resultem numa limitação manifestamente desproporcionada e, assim, prejudicial ao interesse público que se visa prosseguir. Afinal, aqui, a máxima da proporcionalidade visa garantir ou prevenir a sã e ampla concorrência entre operadores económicos, bem como a respetiva igualdade de tratamento.

Adiantamos desde já que, efetivamente, as cit. exigências plasmadas nas cláusulas 14.^a n.º 1 e 33.^a do aludido programa carecem de fundamentação legalmente legítima, porque os motivos apontados pela entidade adjudicante para a sua definição não apoiam o entendimento de que a natureza e o conteúdo das prestações a contratar assumiam uma relevância tal que justificasse que os requisitos estabelecidos para efeitos de aferição da capacidade financeira tivessem de ser preenchidos por todos os membros dos consórcios/agrupamentos candidatos, nem que o membro ou um dos membros com maior participação

³⁵ In **Códigos dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado**, 9.^a edição revista e atualizada, Almedina, 2021, págs. 551 e 552.

³⁶ In **Os Princípios da Contratação Pública: O Princípio da concorrência**, CEDIPRE ONLINE I 34, setembro de 2018, págs. 77 e 78, in https://www.cedipre.fd.uc.pt/wp-content/uploads/pdfs/co/public_34.pdf.

nesses consórcios preenchesse individualmente os requisitos de capacidade técnica; o que fere o princípio jurídico da proporcionalidade positivado na lei.

O Município de São Vicente, quando confrontado com a situação descrita, em sede de verificação preliminar do processo, remeteu para os fundamentos constantes da contestação da ação que foi contra si interposta, no âmbito do processo n.º 63/22.8BEFUN, e que constam do Anexo I ao cit. Relatório, onde reitera que os requisitos mínimos de capacidade financeira postos em causa são adequados e proporcionais ao objeto do contrato, não violando, desta forma, nenhum dos princípios que presidem à contratação pública, sendo os requisitos os que achou mais compatíveis com os seus interesses e os dos seus munícipes.

Os requisitos de capacidade financeira em causa são os seguintes (vide a cláusula 14.ª, n.º 1, alíneas c), d) e e) do programa do concurso limitado por prévia qualificação:

“c) Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;

d) Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;

e) Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020”.

Analisando individualmente cada um dos requisitos mínimos de capacidade financeira acima expostos, e tendo como base as análises económico-financeiras elaboradas anualmente pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (IMPIC, I.P.)³⁷ em relação a cada um desses anos³⁸, temos que, no tocante à:

- autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 = igual ou superior a 60%.

Segundo o IMPIC, I.P., “[o] rácio de Autonomia Financeira indica a capacidade de uma empresa fazer face aos seus compromissos financeiros através dos seus capitais próprios. De uma forma geral, quanto mais elevado este rácio, maior a estabilidade financeira da empresa; quanto mais baixo, maior a vulnerabilidade. Um valor aceitável para a generalidade das empresas situa-se entre os 30% e os 60%, apesar da exigência legal para obter um título habilitante do setor da construção ser menor”.

³⁷ Entidade que “(...) tem por missão regular e fiscalizar o setor da construção e do imobiliário, dinamizar, supervisionar e regulamentar as atividades desenvolvidas neste setor, produzir informação estatística e análises setoriais e assegurar a atuação coordenada dos organismos estatais no setor, bem como a regulação dos contratos públicos”, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do DL n.º 232/2015 de 13 de outubro.

³⁸ Cfr. in

https://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/EconFinConstrucao_2018.pdf, págs. 19, 20, 23, 27 e 29,

http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Econ_Fin_Construcao_2019.pdf, págs. 21, 24, 28 e 30, e

https://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Econ_Fin_Construcao_2020.pdf, págs. 26, 27, 34 e 37.

E da análise que aquele Instituto realizou aos anos de 2018, 2019 e 2020, resulta que o valor desse rácio foi observado pela maioria das empresas em 50% dos casos analisados, pois a média aritmética para esses três anos deveria estar situada entre os 30% e os 60% (estando nos 36%), e aquelas apresentaram uma autonomia financeira superior a 36%.

Isto reforça o entendimento de que esta particular exigência no que tange à capacidade financeira mínima a deter pelas empresas - autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60% - é desproporcionada e desnecessária face ao mercado nacional e para o tipo de empreitada em causa, o qual, insiste-se, não tem particular complexidade, nem longevidade, nem exige a mobilização de um elevado volume financeiro para a sua execução.

Já no que respeita à liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, temos: igual ou superior a 4,0.

Indica o IMPIC, I.P., que “[o] rácio de liquidez geral é um rácio financeiro que mede a capacidade duma empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo, constituindo por isso um teste de solvabilidade de curto prazo. É desejável que o rácio ultrapasse pelo menos o valor de 100%, significando que a empresa tem ativos líquidos para fazer face às responsabilidades de curto prazo. Quanto menor é o valor, maior é a vulnerabilidade da empresa”.

Ora, em 2018, 2019 e 2020 também este rácio foi respeitado pela maioria das empresas, pois em 75% dos casos analisados foi apresentada uma liquidez geral superior a 126%, a 125% e a 124%, respetivamente, ou seja, um valor médio de 1,25, o que é consideravelmente inferior ao valor (igual ou superior) de 4,0 definido para este requisito financeiro e, consequentemente, desproporcional, pelos motivos acima apontados.

E sobre a solvabilidade geral positiva, temos: igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020.

O IMPIC, I.P. enuncia que “[a] solvabilidade de uma empresa traduz a capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a médio e longo prazo, por recurso à sua estrutura de capitais próprios. A gestão deste rácio é importante por forma a não colocar em causa a continuidade da empresa no médio/longo prazo. A solvabilidade de uma empresa será tanto maior quanto maior for o valor deste rácio; um valor muito baixo pode indiciar uma fraca viabilidade da empresa no futuro e é sinónimo de uma elevada fragilidade económico-financeira”.

E, a nível nacional, a média geral da mesma, para os anos em referência, foi de 54,94%, 56,45% e 56,08%. O que se mostra muito aquém dos 200% exigidos aqui pelo dono da obra, e, mais uma vez desproporcional face ao que o mesmo visa garantir.

Quer dizer, porque os critérios de admissão ao concurso limitado por prévia qualificação deviam ter tido como referência o concreto contrato que se visava adjudicar, sendo designadamente fixados com o fim de garantir que os candidatos dispõem de meios económicos e financeiros para fazer face aos custos que terão de suportar com a execução do contrato, não se compreendem e não se aceitam, de todo, as exigências vindas de examinar; isto no pressuposto de que, como já se disse, o contrato em causa tem uma dimensão financeira que não é avultada - 2 730 299,80€ -, as prestações a executar são simples (e não complexas) - montagem e desmontagem de estaleiro e na aplicação de betão e na colocação sinalética em vários arruamentos - e não diferem substancialmente daquelas que são realizadas noutros contratos

de empreitada “simples” do mesmo tipo - repavimentação de arruamentos existentes; e ainda porque o prazo de execução da mesma - 365 dias - é relativamente curto.

Mais. Ao contrário do pretendido pelo Município de São Vicente, a (vagamente invocada) “situação precária” das empresas e do País, causada pela pandemia covid-19 e pela guerra na Ucrânia, não pode(ia) servir de pretexto para a definição dos referenciais da autonomia financeira média, da liquidez geral média e da solvabilidade geral positiva nos termos em que aqui se fez, porque, por essa via, o núcleo de empresas com capacidade financeira para serem admitidas tornou-se muito reduzido ou muito menor.

Isto permite-nos chegar à conclusão, já antes adiantada, de que os requisitos mínimos de capacidade financeira assim fixados, porque são excessivos ou desnecessários em relação ao objeto contratual, violam o princípio jurídico da proporcionalidade (ou proibição do excesso) vertido no n.º 3 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos e consagrado no n.º 1 do art.º 1.º-A do mesmo Código, no n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa, e no art.º 7.º do Código do Procedimento Administrativo.

B)

Sobre as exigências contempladas nas cláusulas 14.ª n.º 1 e 33.ª do programa do concurso limitado por prévia qualificação, quando concatenadas com o que sobre as mesmas dispõe a lei, temos que o art.º 182.º do Código dos Contratos Públicos, sobre o “Preenchimento dos requisitos mínimos por agrupamentos candidatos”, dispõe que:

“1 - Salvo se o programa do concurso dispuser diferentemente e sem prejuízo do disposto no número seguinte, no caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e 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.

2 - Quando os requisitos mínimos de capacidade técnica digam respeito a elementos de facto relativos ao exercício de uma atividade regulamentada, os membros do agrupamento candidato a que se referem as alíneas do número anterior devem ser entidades que prossigam aquela atividade.”

Ou seja, segundo o “princípio do acréscimo ou da adição da capacidade”, aplicável aos agrupamentos, o preenchimento do requisito de capacidade técnica poderá ficar dependente de apenas um ou de alguns dos membros, nos termos da citada al. a) do n.º 1 do art.º 182.º; o que está em linha com o art.º 171.º, que determina que “quando o candidato for um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas, os documentos destinados à qualificação podem ser apresentados por apenas um ou alguns dos seus membros, salvo se o programa do concurso dispuser diferentemente”.

Já a al. b) do n.º 1 do art.º 182.º do CCP prevê o cumprimento dos requisitos de capacidade técnica e financeira por “alguns dos membros que o integram” podendo ser preenchido “conjuntamente, quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido”.

*O mesmo é dizer que a lei permite a hipótese de a soma das qualidades ou características dos vários membros ser suficiente para dar como preenchido conjuntamente um requisito que nenhum deles satisfazia individualmente.*³⁹

*O “princípio do acréscimo ou da adição de capacidade” admite ainda que candidatos se associem com o propósito de cumprir o requisito de capacidade financeira, ou seja, a “aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar”, nas palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA.*⁴⁰

Mas o mesmo princípio pode ser afastado por força da ressalva inicial do art.º 182.º, n.º 1, quando a entidade adjudicante pretenda (justificadamente, claro) que determinadas prestações contratuais sejam executadas por um único membro do agrupamento, caso em que os requisitos de capacidade técnica e financeira terão de ser preenchidos apenas por esse membro.

*Assim, se alguns dos membros que integram o agrupamento preencherem conjuntamente os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira, quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido, só poderão não ser admitidos “se a tal obstar a natureza do requisito exigido, como sucede, nomeadamente, se a natureza dos serviços ou obras a prestar apontar no sentido de a experiência profissional só ser (for) relevante se vivida por uma única entidade. Pense-se por exemplo, ma exigência de experiência profissional na advocacia na área do contencioso administrativo durante três anos. Não podem ser três advogados, cada um com a experiência de um ano de contencioso administrativo, apresentar o mesmo know-how de um advogado experiente no ramo ao longo de três anos”; conforme defende Ana Gouveia Martins*⁴¹.

Este entendimento, correto, contraria aquela que foi a opção do Município de São Vicente tomada in casu, refletida no modo como entende estarem preenchidos os requisitos de capacidade financeira e técnica consagrados nas cláusulas 14.ª e 13.ª, concatenadas com a cláusula 33.ª, do programa do procedimento, nomeadamente que, “[n]o caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os (...) requisitos mínimos de capacidade financeira” (n.º 1 da cláusula 14.ª) e que, “[n]o caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª quando todos os membros os preencham individualmente” (cláusula 33.ª).

³⁹ Conforme sustentam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in **Concursos e outros procedimentos de contratação pública**, Coimbra, Edição Almedina, fevereiro, 2011, pág. 458.

⁴⁰ In op.cit., pág. 460.

⁴¹ No artigo intitulado “**Concurso limitado por prévia qualificação**”, publicado in *Estudos de Contratação Pública – I*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 271.

No mesmo sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in op.cit., pág. 458.

Com efeito, quando o Município foi ouvido e confrontado com o Despacho n.º 14/2022-FP/SRMTC de 26 de agosto, onde se solicitava que fundamentasse legalmente tais exigências, clarificando, designadamente, em que termos é que a natureza dos requisitos exigidos são de tal modo relevantes que tinham de ser preenchidos por todos os membros dos consórcios/agrupamentos candidatos, no caso da capacidade financeira, ou que o membro ou um dos membros com maior participação preenchesse individualmente os requisitos de capacidade técnica, isto face à natureza e ao conteúdo das prestações a adjudicar, disse que:

“1. A empreitada em apreço é, deveras, revestida de interesse público no sentido de que visa repor a funcionalidade do pavimento betuminoso de diversos caminhos/estradas/ruas que integram o objeto do procedimento pré-contratual, a fim de garantir boas condições para a circulação e em especial para a segurança e proteção da saúde de pessoas e bens, estando em causa, portanto, uma empreitada essencial para a vida e bem-estar quotidiano dos munícipes e da população em geral, incluindo visitantes e turistas.”

(...)

6. Requisitos esses que foram corretamente definidos, e claro, suportados e justificados com base no valor, na dimensão, na espécie de trabalhos da empreitada, bem como na complexidade de execução (mais de 10 intervenções em vias de circulação de grande importância para o Município de São Vicente), nas obrigações de garantia e da necessidade de salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução do contrato, atenta o seu objeto e da necessidade de prevenir os graves e enormes transtornos e incómodos na vida e a normal e regular circulação da população e bens, decorrentes de atrasos e incumprimentos, muito característicos deste tipo de intervenções nas vias públicas.

7. Por outro lado, não é correta a conclusão de que a execução do contrato não implica um investimento avultado, o preço base ascende a 2.750,000,00€!

8. Mais (...) do Plano de Pagamentos e do Cronograma Financeiro, apresentados com a proposta, decorre que no terceiro mês da execução do contrato, os custos previstos serem enfrentados pelo cocontratante são de 210.042,19€ e no quarto mês são de 380.074,87€; isto porque o primeiro pagamento a efetuar pela entidade adjudicante apenas ocorrerá após a realização do 1º auto de mediação e no prazo de 60 dias, após a receção da respetiva fatura (Vide clausula 36.º do CE).

9. A justificação é evidente por decorrer do conteúdo das peças do procedimento, em concreto no que diz respeito à natureza da empreitada, ao seu significativo peso financeiro, à afetação de meios financeiros necessários para garantir a boa execução do contrato, e às necessidades de assegurar que a adjudicatária demonstrasse capacidade de manter a sua atividade e viabilidade a médio e longo prazo por forma a cumprir com as obrigações de garantia pelos prazos máximos (5 e 10 anos).

10. A exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira no sentido de que, no caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo deviam cumprir individualmente com os requisitos mínimos, teve relacionada com os fundamentos já elencados nas demais respostas ao Tribunal de Contas, na qual o Município não pôde descurar as consequências do tecido empresarial da recente crise económica e financeira, em especial a devastação ocorrida no sector da construção civil, que arrasou para a insolvência um relevante número de médias e grandes empresas de construção civil, nunca

antes visto, que é do conhecimento público, nem a instabilidade e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiros da pandemia da Covid 19, que provocaram um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.

11. Relativamente à exigência dos requisitos mínimos de capacidade técnica, cumpriu-se mais uma vez com o disposto na lei, conforme decorre do artigo 182.º do CCP, no sentido de ser exigido o que a entidade considerou ser relevante face à natureza da prestação pela sua dimensão a nível geral do Conselho.

12. Com efeito, é completamente diferente ser o membro com maior participação a preencher os requisitos, do que o membro com menor participação.

(...)

15. A primeira parte do n.º 1 do art.º 182 do CCP, é perspicuo a prever a possibilidade de dispor de modo diferente.

16. O que significa, que não está em causa uma norma imperativa, mas sim supletiva. sendo certo que não existe na Lei qualquer norma que imponha fundamentar uma decisão tomada a coberto da liberdade que a própria lei confere à entidade a quem assiste a faculdade de decidir e optar.

(...)

19. Também, não é menos verdade que a experiência da vida tem ensinado que é necessário que as entidades adjudicantes, em intervenções de grande relevância público e social, com grande impacto na vida quotidiana das pessoas, minimizem os riscos que advêm dos agrupamentos concorrentes aparentes, assentes em conluio e que, em caso de incumprimento, mesmo que existindo responsabilidade solidário dos seus membros, não deixam de acarretar graves transtornos para o interesse público subjacentes à boa execução dos contratos públicos, em especial de empreitada.

20. Acresce que é conveniente que as intervenções em vias de circulação públicas sejam sempre executados de modo célere e rápido, mesmo tendo sido fixado um prazo de execução reputado razoável.

21. Ora, a fixação do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, nos moldes em que (legal e validamente) consta do PP, foi motivada por todas as razões supra invocadas e seguramente visa unicamente evitar os graves prejuízos, incómodos e transtornos decorrentes da suspensão, interrupção e mora na execução do contrato sub judice, atento o seu objeto, no caso dos agrupamentos concorrentes”.

Estes “fundamentos”, todavia, não permitem justificar que, no concurso limitado por prévia qualificação lançado pelo Município de São Vicente com vista a adjudicação do contrato de empreitada de que aqui se cuida, em termos de (i) objeto (prestações), (ii) volume financeiro e (iii) prazo, tivesse sido exigido que todos os membros dos consórcios/agrupamentos candidatos preenchessem os requisitos mínimos de capacidade financeira, nem que o membro ou os membros com maior participação preenchesse(m) individualmente os requisitos de capacidade técnica, a fim de serem admitidos:

Isso contraria o disposto no n.º 1 do art.º 182.º do Código dos Contratos Públicos e o assinalado princípio jurídico ou máxima metódico-jurídica da proporcionalidade (proibição do excesso) positivado explicitamente no CCP.

2.2. Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTTC proferida no âmbito do processo de visto prévio

O processo de fiscalização prévia n.º 43/2022, que incidiu sob o contrato de empreitada, foi apreciado em sessão extraordinária de 20 de fevereiro de 2022, tendo esta Secção do Tribunal recusado o visto ao contrato mediante a nossa Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTTC⁴² de 20 de setembro, considerando que, “[o] quadro factual onde se insere a presente contratação revelou (...) as ilegalidades de seguida sintetizadas:

a) Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados pela entidade adjudicante na cláusula 14.ª n.º 1 alíneas c), d) e e) do programa do concurso limitado por prévia qualificação violam o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 3 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos, por serem excessivos em relação ao objeto contratual, ou, dito de outro modo, “não foram estabelecidos, pela entidade administrativa que lança o concurso, por referência às características específicas do objeto do contrato que pretende celebrar”⁴³;

b) O mesmo sucede com as exigências traçadas nas cláusulas 14.ª n.º 1 e 33.ª do mesmo programa do procedimento, que violam o n.º 1 do art.º 182.º do Código dos Contratos Públicos; com efeito, a natureza e a simplicidade das prestações a adjudicar, no caso de o candidato ser um agrupamento, permitiam considerar que se preenchiem os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira se algum dos membros satisfizesse os requisitos individualmente [cf. al. a) do n.º 1 do art.º 182.º], ou se alguns dos membros que o integrassem o preenchessem conjuntamente [al. b) do n.º 1 do art.º 182.º].

Estas exigências da entidade adjudicante, por serem desproporcionais ou claramente excessivas, na perspetiva da sua (des)necessidade, da sua (des)adequação e do seu (des)equilíbrio, colidem com o n.º 1 do art.º 1.º-A do Código dos Contratos Públicos, que positiva o princípio jurídico da proporcionalidade como um dos que presidem à contratação pública. Foi erigido também como princípio com dignidade constitucional – vide o n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa –, que, de igual modo, pauta toda a atividade administrativa na decorrência da previsão do art.º 7.º do Código do Procedimento Administrativo.

(...)

As ilegalidades das citadas cláusulas do programa do procedimento, em última instância, afetam a validade do ato final, de adjudicação, com a anulabilidade, por vício de violação de lei, nos termos do art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo, invalidade essa que se repercute no contrato de empreitada celebrado, ex vi n.º 2 do art. 283.º do Código dos Contratos Públicos.

À luz dos fundamentos de recusa de visto enunciados nas als. a), b), e c) do n.º 3 do art. 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, as ilegalidades decorrentes, da violação das normas ínsitas aos artigos supra invocados, bem como do retro princípio, constituem motivo de recusa de visto no

⁴² Vide em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Decisoessrmtc/Documents/2022/dec074-srmtc-2022.pdf>.

⁴³ Nesse sentido o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 25 de março de 2010, proferido no processo n.º 1257/09 <https://www.conmmtratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunais-administrativos/Acordao-do-Tribunal-Central-Administrativo-Norte-de-25-de-Marco-de-2010-proc-125709/639/>.

quadro da previsão da citada al. c), por se mostrarem, e tal como anteriormente se assinalou, suscetíveis de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato; isto, claro, a configurar-se a hipótese, realista ou provável, de terem afastado do procedimento outros operadores económicos e de terem impedido o Município de São Vicente de admitir outras propostas mais vantajosas para o interesse público financeiro prosseguido pela entidade adjudicante.

Quanto a este interesse público financeiro, está em causa, logicamente, o objetivo de conseguir, para a satisfação da necessidade em causa, a proposta económica mais vantajosa ou com a melhor relação qualidade-preço; sem esquecer a eficiência e a economicidade (cf. assim JOÃO PACHECO DE AMORIM, Introdução ao Direito dos Contratos Públicos, 2021, pp. 545-547).

(...)

As ilegalidades detetadas no âmbito da apreciação deste processo (violação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º do CCP), consubstanciadas na inobservância dos preceitos legais identificados supra, configuram objetivamente um ilícito financeiro de natureza sancionatória, enquadrável na previsão normativa da al. l) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

Isso implica a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas dentro dos limites quantitativos fixados, quando estejam em causa, designadamente, a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública (cf. os n.ºs 2 a 5 do artigo 65.º da LOPTC).

(...)

Pelo exposto, ao abrigo das normas citadas e ainda do artigo 80.º do Regulamento do Tribunal de Contas, o Tribunal de Contas decide:

- Recusar o visto ao citado contrato (cf. a al. c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC);*
- Determinar a abertura de processo para apuramento de responsabilidade financeira nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 129.º do RTC; e*
- Ao abrigo da al. d) do n.º 2 do artigo 77.º da LOPTC, comunicar ao Ministério Público os casos das infrações financeiras objetivamente detetadas no exercício da fiscalização prévia (violações dos n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º e do n.º 1 do artigo 182.º do CCP), atrás expostos e discriminados.”*

2.3. Acórdão n.º 2/2023-1.ª S-PL proferido no âmbito do recurso ordinário interposto

A 3 de outubro de 2022, o Município de São Vicente interpôs recurso ordinário para o plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas da aludida Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTTC, tendo o referido recurso ordinário sido julgado “(...) *totalmente improcedente* (...)”, através do **Acórdão n.º 2/2023 – 1.ª S-PL de 17 de janeiro, o qual já transitou em julgado.**

A factualidade dada como assente na Decisão recorrida, foi impugnada pela Edilidade em apreço. No entanto, o Plenário da 1.ª Secção deste Tribunal julgou improcedente o pedido de alteração

da matéria de facto, “(...) mantendo-se intocado o elenco factual fixado na decisão a quo⁴⁴ (vide os pontos II.1 e III.2 do Acórdão em apreço).

Neste âmbito, face às alegações e conclusões da recorrente, foram analisadas as seguintes questões de direito, que ora se reproduzem (**cfr. o ponto III.3 do citado Acórdão⁴⁵**):

«a) Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados na cláusula 14.º, n.º 1, alíneas c), d) e e) do programa do concurso são legais?

b) As cláusulas 14.º, n.º 1 e 33.º do programa do concurso são legais?»

Colocadas as questões a analisar, o Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido que ora se transcreve:

«a)

Enquadramento

17. *O regime do concurso limitado por prévia qualificação decorre dos art. 162.º e segs. CCP. Nesse quadro legal, são regulados os requisitos de capacidade financeira de que os candidatos devem dispor. Na verdade, admite-se que no programa de concurso possam ser indicados requisitos mínimos de capacidade financeira (art. 164.º, n.º 4 CCP), com os limites normativos decorrentes do art. 165.º, n.º 3 CCP, nos termos dos quais eles 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 realizar”.*
18. *Percebe-se bem a razão de ser do estabelecimento deste tipo de requisitos mínimos de carácter financeiro: o integral cumprimento das obrigações decorrentes do contrato pode implicar, e implica seguramente sempre que incidam sobre um objeto complexo, a mobilização de meios financeiros amplos para essa finalidade. Desde logo, sendo uma obra, para a preparação e início dos trabalhos; depois, também, para poder suportar as diversas vicissitudes decorrentes da vida empresarial, como uma conjuntura económica imprevista de carácter desfavorável, ou, como será frequente, a insolvência de um dos seus clientes perante os quais tenha uma exposição creditória relevante.*
19. *A existência deste tipo de requisitos não só é admissível, mas será mesmo imposta pelas boas regras de gestão da coisa pública. O ente público não deve correr o risco – ou pelo menos deve mitigá-lo –, de um atraso ou, mesmo, a cessação de trabalhos, do cocontratante por motivos de carácter económico financeiro.*
20. *Se este aspeto não gera dúvidas, as dificuldades surgem na escolha dos requisitos de capacidade financeira e no seu valor. É que se não forem adequados àquele contrato, o que implica, sempre, a análise dos seus elementos caracterizantes, servem, ou podem servir, para limitar, ou no limite, excluir mesmo, a concorrência, afastando empresas que não os reúnam.*
21. *O CCP é um código ao mesmo tempo normativo e principiológico, como decorre do seu art. 1.º-A. Os seus regimes traduzem e densificam, por vezes quase ao detalhe, esses princípios e a sua articulação ao nível das normas. Dessa forma, é à luz dos princípios relevantes que as normas devem ser interpretadas, o que significa que, havendo mais do que um resultado interpretativo possível, se deve adotar aquela que se enquadre melhor*

⁴⁴ Cfr. o Acórdão n.º 2/2023 de 17 de janeiro, pág. 43.

⁴⁵ Págs. 43 e seguintes.

nos princípios pertinentes. Num outro plano, sempre que as normas contenham espaços não diretamente regulados, espaços “livres”, os princípios atuam de forma direta para os preencher. A solução do caso deverá fazer-se pela sua concretização, atendendo ao seu recorte específico.

22. *Por conseguinte, diga-se, desde já, que não assiste razão ao recorrente sempre que afirma - e fá-lo repetidamente - que em tudo o que não está diretamente regulado, o ente público é livre de definir as condições do concurso. Não é assim; ele terá que o fazer por concretização naquele caso dos princípios aplicáveis. E deve fazê-lo por força do comando do art. 1.º-A CCP.*
23. *Focando-nos agora nos diferentes indicadores financeiros, deve distinguir-se a solvência da liquidez, correspondendo a cada uma delas aspetos diversos: a solvência significa a capacidade da empresa de satisfazer as suas obrigações à medida que se vencem (curto, médio ou longo prazo). Se não o conseguir fazer, estará insolvente. A liquidez está relacionada com os fluxos monetários e com a natureza do ativo e passivo de curto prazo da empresa⁴⁶; respeita à capacidade da empresa de satisfazer o seu passivo de curto prazo com meios líquidos que tenha à sua disposição para esse efeito, como depósitos, valores mobiliários ou outros ativos facilmente transacionáveis⁴⁷.*
24. *A autonomia financeira diz respeito à relação entre os capitais próprios e o ativo, permitindo avaliar a solidez financeira da sociedade. Os capitais próprios, por sua vez, ou situação líquida da sociedade, são calculados pela diferença entre o ativo e o passivo, resultando do financiamento realizado pelos sócios, como o capital social, as prestações suplementares e acessórios e as reservas. Distingue-se do capital alheio, porque este é dívida⁴⁸. Daqui decorre que a autonomia financeira, uma vez que permite fixar qual o valor do ativo que está a ser financiado com os meios da sociedade, isto é, pelo recurso ao autofinanciamento.*
25. *Tudo visto, estamos em posição de resolver o caso, aplicando o Direito aos factos.*
26. *A cláusula em questão é a 14.º, que tem o seguinte conteúdo.*

Requisitos Mínimos de Capacidade Financeira dos Candidatos

1. Apenas são admitidos os candidatos que cumpram cumulativamente os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira. No caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira:

- a) Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020;*
- b) Um volume de negócios médio (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*
- c) Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60‰, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*

⁴⁶ Sobre este *ratio*, ver, Pestana de Vasconcelos, *Dos contratos de garantia financeira (factoring)*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 74.

⁴⁷ Para as distinções, ver Bob Vause, *Guia para a análise de empresas*, Caminho/Economist books, Lisboa, 2001, pp. 219, ss..

⁴⁸ Cfr. P. Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 18, ss..

- d) *Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*
- e) *Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020.*
2. *O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15.^a.*
3. *Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP)”.*
27. Nos termos do art. 165.º, n.º 3 CCP, a entidade adjudicante pode, dentro dos limites aí previstos, definir os requisitos financeiros mínimos. Já vimos, porém, igualmente, que para a sua determinação em concreto haverá que aplicar os princípios que mais diretamente lhe digam respeito. Aqui o da concorrência e o da proporcionalidade. Efetivamente, o estabelecimento de requisitos financeiros limitará, pela sua própria natureza, a concorrência; logo, é necessário que se contenha dentro do que for estritamente necessário para os fins que se pretendem alcançar. Quando assim não seja, terá sido violado o princípio da proporcionalidade. Uma restrição desproporcional é ilegal.
28. *Resta ver se os requisitos financeiros imposto pela entidade adjudicante ultrapassam esse teste; ou seja, se são somente os estritamente necessários para a salvaguarda do interesse público que se visa alcançar: a correta e pontual execução do contrato. Para tal, analisaremos cada uma das alíneas.*
29. *Nos termos da alínea c) da cláusula 14.º “Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento”.*
30. *Como vimos, corresponde ao valor do ativo que está a ser financiado com os meios da sociedade, isto é, pelo recurso ao autofinanciamento. A exigência de 60% é um valor muito elevado. Nada obsta a que uma sociedade seja em grande parte financiada por capital alheio. O IMPIC define o valor adequado para a generalidade das empresas entre os 30% e os 60%.⁴⁹ Nada justifica neste caso concreto, nem a entidade o demonstra, que o valor seja aferido pela percentagem mais elevada.*
31. *Dito de outra forma: a entidade deveria ter demonstrado que em função da exigência daquela específica obra o grau de autonomia financeira teria que ser determinado pelo valor mais elevado. Em particular porque, como bem se diz no acórdão recorrido, a obra, uma “empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários caminhos, estradas e ruas”, não tem especial complexidade. A exigência de demonstração é tanto mais rigorosa quanto o recurso ao limite máximo afastará injustificadamente outros potenciais concorrentes. Como nada foi provado quanto a este ponto, limitando-se a recorrer a generalidades, resta concluir que a restrição da concorrência foi desproporcional e, por isso, injustificada.*
32. *A alínea d) da cláusula 14 exige “Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento”.*
33. *Conforme se viu, a liquidez refere-se à capacidade da empresa para satisfazer o seu passivo de curto prazo com meios líquidos que tenha à sua disposição⁵⁰; a exigência de a empresa ter uma liquidez de 4 significa que*

⁴⁹ Cfr. www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/EconFinConstrucao_2018.pdf, p.23.

⁵⁰ Ver, com diferentes cenários, Bob Vause, *Guia para a análise de empresas*, cit., pp. 221, ss..

teria que ter em meios líquidos o suficiente para satisfazer quatro vezes o passivo de curto prazo (por cada euro de passivo de curto prazo teria que ter quatro euros de liquidez para o satisfazer).

34. *Em rigor, trata-se de um excesso de liquidez, e é evidente que é manifestamente desproporcional. Basta à empresa ter meios de curto prazo que lhe permitam cobrir com alguma folga o passivo de curto prazo. O requerente no recurso não apresenta qualquer fundamento concreto que justifique este nível tão elevado de liquidez para a realização da obra. Não há qualquer justificação para esta exigência que é forte e manifestamente desproporcionada. Viola, pois, o princípio de proporcionalidade – art. 1.º-A, n.º 1 CCP e o art. 7.º Código de procedimento administrativo (CPA).*
35. *A alínea d) da cláusula 14 exige uma “Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020.” Como se viu, a solvência consiste na capacidade da empresa de satisfazer as suas obrigações à medida que se vencem. O que depende do seu prazo. O que aqui se está a exigir é que a empresa tenha de ter no seu património o dobro dos ativos necessários para cumprir as suas obrigações. Não se vê porque razão os terá que ter em dobro. Nem a entidade demonstra que esse nível de solvência seja necessário para a correta e atempada realização da obra. Não é assim difícil concluir que se trata de uma exigência desproporcional, e, por esse motivo, incumpe ao art. 1.º-A, n.º 1, CCP e o art. 7.º CPA.*
36. *Temos vindo a analisar cada uma destes requisitos de forma isolada. Contudo, se o fizermos de forma global, a sua exigência cumulativa assume com maior ênfase – ainda – um carácter fortemente desproporcionado, tendo como efeito uma forte restrição claramente injustificada da concorrência.*
37. *O recorrente aponta a possibilidade recurso a uma declaração bancária conforme o previsto no número 3 da cláusula 14.º: “Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP)”.*
38. *De facto, é ponto central da sua argumentação a faculdade de um candidato que não preenchesse os requisitos financeiros previstos recorrer à declaração bancária prevista no art. 179.º, n.º 3 CCP, cujos termos resultam do anexo vi ao CCP.*
39. *A figura é composta por dois elementos que resultam da articulação das suas alíneas a) e b). A instituição de crédito obriga-se face ao candidato a colocar à sua disposição todos os meios financeiros previsivelmente necessários ao integral cumprimento do contrato; para o efeito, isto é, em cumprimento e como forma de execução da referida obrigação, coloca à disposição daquele uma linha de crédito que ele pode movimentar para o efeito de execução do contrato, contendo o plafond o valor necessário em termos de cobertura financeira para o efeito.*
40. *Em termos técnicos, estamos face a uma abertura de crédito irrevogável vinculada a um determinado fim (a execução daquele contrato)⁵¹, cujo valor máximo é aquele do contrato. A sua fonte é contratual, porque o seu pedido vale como proposta e a sua concessão como aceitação por parte da instituição de crédito. Tendo raiz contratual e sendo o candidato uma instituição de crédito, insere-se nas operações de banco (art. 362.º do Código Comercial), o que significa que tem necessariamente carácter oneroso.*
41. *A contraprestação pela disponibilização do crédito até ao valor definido e pelo período de tempo pelo qual deva vigorar consiste numa comissão, calculada através da aplicação de um percentual ao valor máximo do crédito que o beneficiário poderá mobilizar. Tendo em conta o valor do contrato, mesmo um percentual reduzido terá um custo elevado. Além do que a instituição de crédito exigirá, e deve mesmo fazê-lo, uma garantia*

⁵¹ Sobre ela, ver Pestana de Vasconcelos, *Direito bancário*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 223, ss..

do eventual crédito futuro à restituição do valor mobilizado, acrescido de juros. Para o efeito, em regra, exigirá uma garantia pessoal, uma fiança geral ou uma livrança em branco avalizado pelos sócios da sociedade e, com grande frequência, também dos respetivos cônjuges⁵².

42. Como se vê, pelos seus custos e consequências a o recurso a esta via está longe de ser neutral do ponto de vista de quem a ela recorra. Em particular, faz incidir sobre o candidato, que não preencha os requisitos financeiros desproporcionados que a entidade impõe um custo acrescido – logo, uma desvantagem concorrencial. Situação diversa seria se se tivesse exigido a todos os candidatos uma declaração desta natureza. Mas tal não acontece; só aquele que não preencha os requisitos financeiros têm custos acrescidos da sua apresentação - e com isso se viola tanto a concorrência como o princípio da igualdade (art. 1.º-A, n.º 1 CCP e o e o art. 6.º CPA).

b)

As cláusulas 14.º, n.º 1 e 33.º do programa do concurso são legais?

43. Prevê o programa de concurso na sua cláusula 14.ª, n.º 1 do programa do concurso limitado por prévia qualificação, que que, “[n]o caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os (...) requisitos mínimos de capacidade financeira” (n.º 1 da cláusula 14.ª) e que, “[n]o caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na clausula 14.ª quando todos os membros os preenchem individualmente” (cláusula 33.ª).
44. A entidade argumenta que “nesta matéria é totalmente pacífico que as entidades adjudicantes gozam de plena discricionariedade, na medida em que a lei não exige, ao contrário do que estipula a respeito da fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, qualquer adequação à natureza das prestações do contrato ou a observância de quaisquer limites.” (bold e sublinhado no original)
45. E acrescenta: “Em síntese entidades: as adjudicantes gozam de plena discricionariedade e liberdade no que respeita à definição do modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamento de candidatos.”
46. O quadro legal é o seguinte. O art. 182.º CCP, sobre o “Preenchimento dos requisitos mínimos por agrupamentos candidatos” dispõe que:

“1 - Salvo se o programa do concurso dispuser diferentemente e sem prejuízo do disposto no número seguinte, no caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e 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.

2 - Quando os requisitos mínimos de capacidade técnica digam respeito a elementos de facto relativos ao exercício de uma atividade regulamentada, os membros do agrupamento candidato a que se referem as alíneas do número anterior devem ser entidades que prossigam aquela atividade.”

⁵² Sobre ela, e sua justificação, ver Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 120 e seguintes.

47. *Como se tem referido, um dos pontos centrais da argumentação da recorrente assenta na asserção da plena discricionariedade da entidade adjudicante quanto à determinação dos termos do concurso em tudo em que a lei não disponha em contrário. Está errado. O programa de procedimento não é um espaço em branco para a entidade adjudicante estabelecer as condições que lhe aprouver.*
48. *O contrário seria verdade no âmbito do direito privado, em que vigora, com limites muito amplos, a liberdade contratual. No âmbito do direito público não é assim. A margem de conformação conferida à entidade adjudicante encontra-se limitada pela necessidade de respeitar os princípios resultantes, quer do CPA, quer, em especial os que decorrem do art. 1.º-A, n.º 1 CCP; sempre, claro que não existam outros normativos a serem aplicados, em conjugação com o CCP.*
49. *Resta ver se assim foi neste caso. Isto é, se esses requisitos respeitaram o necessário para se salvaguardar a correta e atempada realização da obra por parte do cocontratante. A regra geral, decorrente do art. 182.º, n.º 1 CCP, conforme se apontou, é de que não são necessários. Caberia ao recorrente demonstrar a razão pela qual se afasta desta norma. Para esse fim, deveria demonstrar em função dos elementos que conformam a situação concreto, nomeadamente o tipo de prestações, a sua complexidade, o valor da obra, o esforço financeiro exigido aos cocontratantes, que eles são efetivamente necessários.*
50. *Essa demonstração não é feita pelo recorrente. Pelo contrário, nada do que alega constitui fundamento para essa exigência. Limita-se a considerações gerais sobre potenciais conluíus e o relevo e exigência técnica da obra. Não se vê em que é que estes aspetos conduzam às exigências plasmadas no programa do procedimento. Conluíus são sempre, em abstrato, possíveis, mas têm consequências de outra ordem, e não se vê como possam dessa forma ser evitados. Levando ao argumento até ao fim, essa possibilidade existe em toda a contratação pública e, por esse motivo, seria sempre possível, e até desejável, que a regra geral do art. 182.º, n.º 1 CCP fosse afastada.*
51. *Em segundo lugar a recorrente alega, mas não demonstra, a especial complexidade da obra que conduziu a esta exigência. Ao invés, decorre da sua natureza que a obra não é complexa. Por isso, é claro que a exigência é manifestamente desproporcionada [art.1.º-A, n.º 1 CCP e art. 7.º CPA].*
52. *O argumento decorrente das alterações possíveis “decorrentes das conjunturas económicas e financeiras” também não é convincente. Este é um risco comum na atividade económica.*
53. *A interpretação que o tribunal realizou da lei aplicável (maxime, art. 182.º do CCP) é, por isso, inteiramente correta, não se podendo, como é absolutamente óbvio, apontar qualquer inconstitucionalidade.*
54. *A situação dos consórcios é paralela, e a argumentação do recorrente também. Vale por essa razão o que foi dito anteriormente. Não há motivo válido para se exigir que “todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os (...) requisitos mínimos de capacidade financeira”. A exigência é desproporcional e, nessa medida, ilegal [art.1.º-A, n.º 1 CCP e art. 7.º CPA].»*

Em face do atrás exposto, o Plenário da 1.ª Secção deste Tribunal decidiu “(...) julgar totalmente improcedente o ... recurso”.

2.4. Processo n.º 63/22.8BEFUN

As empresas candidatas excluídas na fase de qualificação, interpuseram uma ação administrativa de contencioso pré-contratual no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal (TAFF), contra o Município de São Vicente que deu origem ao processo n.º 63/22.8BEFUN.

Todavia, antes de se desenvolver o assunto, é imperativo esclarecer que o âmbito de atuação do Tribunal de Contas difere do âmbito de atuação dos Tribunais Administrativos e Fiscais (*vide* os artigos 214.º e 212.º da CRP, respetivamente).

Com efeito, considerou o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 787/2023 de 28 de novembro – que versou sobre a Decisão sumária daquele douto Tribunal n.º 624/2023 – que “(...) [c]omo já foi feito notar *supra*, o Tribunal de Contas integra o elenco dos tribunais que o legislador constituinte consagrou no n.º 1 do art.º 209.º da CRP. Tratando-se de um tribunal e como decorre desde logo do art.º 205.º, n.º 1, da lei fundamental, daí resulta a obrigatoriedade de sujeição de qualquer entidade pública ou privada às suas decisões.

Como igualmente também já se salientou (cf. § 24 supra), este enquadramento dado ao Tribunal de Contas pelo legislador constituinte reflete uma opção político-constitucional a favor da adoção de um sistema jurisdicional, por contraponto aos outros dois sistemas possíveis – o sistema de Auditor-Geral ou o sistema misto Tribunal de Contas/Auditor-Geral.

Nesta medida, qualquer análise do exercício das competências do Tribunal de Contas (nas vertentes de fiscalização prévia, de auditoria ou de efetivação de responsabilidades financeiras) tem, pois, de ter sempre presente esta clara opção constitucional plasmada na nossa lei fundamental e as suas consequências.

Assim, ao exercer as suas competências de controlo financeiro e avaliação da boa gestão dos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas não está a atuar fora do âmbito jurisdicional com que o legislador constituinte o desenhou, pois é opção da Constituição erigir o controlo da gestão das verbas públicas (nas várias vertentes, avaliação da legalidade, da boa gestão e da responsabilidade financeira) numa verdadeira jurisdição financeira e em atribuir o exercício desta a um Tribunal independente – o Tribunal de Contas” – negritos nossos.

O Acórdão n.º 241/93 – 2.ªS do Tribunal de Contas^{53 54}, relativamente à inter-relação dos foros financeiro e administrativo, refere que (...) *no plano financeiro, não decorre automaticamente de uma sentença proferida em recurso contencioso de anulação a necessária invalidação de pagamentos decorrentes do ato que ela anulou o declarou nulo (...) a ilegalidade administrativa e a ilegalidade financeira têm fundamentos e fins diversos, sem prejuízo da necessária unidade da ordem jurídica e do princípio da legalidade e ao Tribunal de Contas é apenas da legalidade financeira das despesas públicas que, como órgão supremo de fiscalização, cumpre cuidar e investigar (...). Parece inquestionável que a legalidade financeira envolve valores de conformidade à lei que, ao menos parcialmente, não são de modo necessário os mesmos da legalidade administrativa (...).*

Concluindo, **sendo a decisão de visto um ato organicamente jurisdicional (ex vi artigos 209.º, n.º 1, e 214.º da CRP), num processo não contencioso, com fundamentos e fins diversos das ações administrativas previstas no CPTA, não se verifica, pois, qualquer**

⁵³ O relator deste Acórdão foi o Conselheiro António de Sousa Franco.

⁵⁴ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 60, de 12 de março de 1994.

possibilidade de colisão direta entre a força jurídica ou a autoridade jurídica de uma concessão de visto prévio e de uma sentença de um tribunal de jurisdição administrativa (vide a este propósito também assim PAULO PEREIRA GOUVEIA. in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97, 2013, páginas 3 a 10).

Tal como referido:

1. As empresas *Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A., Farrobo – Sociedade de Construções, S.A., e Tecnovia Sociedade de Empreitadas, S.A.*, interpuseram uma ação administrativa de contencioso pré-contratual no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal (TAFF).

Mediante a referida ação administrativa, as autoras impugnaram os documentos conformadores do procedimento que precedeu a celebração do contrato de empreitada em apreço, o próprio procedimento, o ato de exclusão da sua candidatura plasmado no Relatório Final da fase de qualificação, bem como “(...) *todos os atos subsequentes eventualmente praticados no âmbito do referido Concurso, designadamente o Contrato que possa ter sido, entretanto, ilegalmente celebrado com a Contrainteressada AFAVIAS*”, peticionando, assim, a declaração da ilegalidade:

- Das disposições contidas nas Cláusulas 13.^a, 14.^a e 33.^a do Programa do Procedimento;
- Do ato administrativo de exclusão da sua candidatura; e
- Do contrato de empreitada que tivesse vindo a ser outorgado ou de quaisquer atos posteriores do procedimento.

Consequentemente, solicitaram a condenação do Réu à prática de “(...) *todos os atos necessários à restituição da legalidade do procedimento, entre os quais, lançar novo Procedimento expurgado das normas ilegais aqui atacadas, tudo com as legais consequências*.”⁵⁵

Posteriormente, o Município de São Vicente apresentou contestação, solicitando que a ação fosse “(...) *julgada totalmente improcedente, absolvendo-se o R. de todos os pedidos, por manifesta falta de fundamentação de facto e de direito, mantendo-se nos seus exatos termos as peças do procedimento, mais concretamente as cláusulas 13.^a e 14.^a (...)*”.

Nessa sequência, o douto Tribunal, tendo definido que “[c]umpre apreciar e decidir se os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira vertidos nas cláusulas 13.^a e 14.^a do programa do procedimento são proporcionais/adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e se a decisão de não divisão em lotes padece de falta de fundamentação”, entendeu que “[n]ão obstante a fixação de requisitos mínimos se traduza no exercício de uma atividade discricionária, a mesma não é arbitrária, encontrando-se sujeita ao controlo da legalidade dos tribunais (mormente ao cumprimento dos princípios gerais de direito administrativo).

Com efeito, o estabelecimento desses requisitos pode ser limitador da concorrência, em virtude de afastarem do procedimento os candidatos que não cumpram esse grau de exigência, motivo pelo qual se

⁵⁵ Vide o documento designado “IMPUGNACAO.pdf”, que instruiu o processo de fiscalização prévia n.º 43/2022.

impõe que os mesmos sejam adequados à natureza das prestações contratuais objeto do contrato a celebrar (cfr. artigo 165.º do CCP).

(...)

Ora a exigência da (...) experiência profissional, isto é, que tenham realizado ou se encontrem a realizar pelo menos duas empreitadas idênticas à qual as Autoras e as Contrainteressadas se candidatam, em termos de valor contratual, de execução e de extensão de aplicação da camada de desgaste betuminoso, é razoável (...).

Em face do exposto, conclui-se que o requisito mínimo de capacidade técnica estabelecido na cláusula 13.º do programa do procedimento não é desproporcional nem viola o princípio da concorrência.

(...)

O que se conclui quanto à cláusula 13.ª do programa do procedimento não se pode inferir relativamente aos requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª do programa do procedimento.

Os requisitos mínimos de capacidade financeira visam garantir que os candidatos dispõem da capacidade económica e financeira para enfrentar os custos que poderão ter de suportar com a execução do contrato.

Ora, considerando que o objeto do presente contrato é uma empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do concelho de São Vicente, que a mesma terá a duração máxima de 365 dias, que o pagamento será efetuado mensalmente pelo dono-da-obra em função do determinado nas medições mensais e que, portanto, não é necessário um investimento avultado (nem o contrário foi alegado), e ainda que o preço base da mesma seja de 2 750 312,34€, a capacidade financeira exigida na cláusula 14.ª do programa do procedimento, em termos de autonomia financeira média, liquidez geral média e solvabilidade geral, revela-se desnecessária e excessiva (ou seja, desproporcional), face à natureza e ao conteúdo das prestações a adjudicar no âmbito do procedimento objeto do presente litígio, com a consequência de ser desfavorável para a concorrência em virtude de afastar do concurso quem não satisfaça esse grau mínimo de capacidade financeira.

Em face do exposto, conclui-se que os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª, n.º 1, al. c), d) e e) do programa do procedimento, concretamente a autonomia financeira média, a liquidez geral média e a solvabilidade geral exigidas, são desproporcionais e violadores do princípio da concorrência.

Em alternativa à comprovação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, o n.º 3 da cláusula 14.ª do programa do procedimento permitia que os candidatos apresentassem uma declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP). A este respeito, aduzem as Autoras que o prazo de 6 (seis) dias concedido era manifestamente curto para que obtivessem o aludido documento. Contudo não têm razão. O prazo de 6 dias é suficiente para que a declaração solicitada seja requerida e emitida pela correspondente instituição bancária. De todo o modo, sempre se dirá que as Autoras não alegaram (nem demonstraram) em que medida não era possível no prazo de 6 dias obter e apresentar a apontada declaração bancária, razão pela qual o fundamento alegado improcede.”

Face a tanto, o TAFF decidiu⁵⁶, mediante Sentença datada de 8 de julho de 2022, **julgar a ação procedente e, consequentemente, declarar “(...) a ilegalidade da cláusula 14.ª, n.º 1, als. c), d) e e) do programa do procedimento (...)”, anular “(...) os termos subsequentes do procedimento (...)”, e condenar “(...) a Entidade Demandada a reconstituí-lo sem reincidir na dita ilegalidade”.**

2. Inconformado com a decisão, o Município de São Vicente interpôs recurso de Apelação junto do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), **o qual decidiu, mediante Acórdão de 09/11/2023⁵⁷, “i) conceder provimento ao presente recurso, ii) revogar a sentença recorrida na parte em que declarou a ilegalidade da cláusula 14.ª, n.º 1, als. c), d) e e) do programa do procedimento, anulando os termos subsequentes do procedimento e condenou a Recorrente/Entidade Demandada a reconstituí-lo sem reincidir na dita ilegalidade, e em consequência iii) julgar a ação totalmente improcedente”** – negrito nosso.

Para tanto, o TCAS considerou que “(...) o programa do concurso pode indicar requisitos mínimos de capacidade financeira, sujeitos ao limite previsto no n.º 3 do artigo 165.º do CCP. Sendo que os requisitos relativos ao volume de negócios “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”.

A propósito do citado art. 165º, nº 3, diz-nos Pedro Gonçalves “O preceito define um limite concreto e taxativo ao poder de que as entidades adjudicantes dispõem para formular, em geral, os requisitos mínimos de capacidade financeira. Mas fá-lo de forma incorreta. Na verdade, um limite que se traduz em os requisitos mínimos da capacidade financeira não poderem exceder o dobro do contrato não se adapta à formulação de quaisquer requisitos de capacidade financeira. De resto, é apenas em relação ao requisito de volume de negócios que o limite se encontra estabelecido no artigo 58º, nº3, 2º par., da Diretiva 2014/24: aqui se estabelece que o “volume de negócios anual mínimo que é exigido ao operadores económicos não pode exceder o dobro do estimado do contrato, salvo em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza das obras, serviços ou fornecimentos” (assim, se o contrato tiver um valor estimado de 2,5 milhões de euros, a entidade adjudicante pode definir como requisito mínimo de capacidade financeira que os candidatos tenham um volume anual mínimo de 5 milhões de euros)” – in obra citada, p. 742.

(...)

Neste contexto, não se vislumbra que tais requisitos mínimos se revelem desproporcionados ou desnecessários face ao contrato a celebrar, obra pública cujo preço base é de €2.750.312,42.

Ademais, os requisitos mínimos foram perfeitamente justificados como consta do Relatório Final (...)

⁵⁶ Considerando a matéria de facto e de direito melhor descritas nos pontos II e III, respetivamente, da Sentença em apreço (que constitui um dos elementos instrutórios do processo de fiscalização prévia n.º 43/2022).

⁵⁷ In <https://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/6f48289fa530ff2180258a6a0054f6ac?OpenDocument>, e em anexo ao ofício n.º E 1361/2024, de 2024/06/05, remetido no âmbito da ARF em presença.

Ora, nenhum destes argumentos foi refutado pelas Autoras/Recorridas, em sede de petição inicial, designadamente explicitando, para que o Tribunal o pudesse analisar, de que forma os sobreditos requisitos plasmados nas alíneas c), d) e) do n.º 1 da Cláusula 14.ª colidiam com o princípio da proporcionalidade ou da concorrência, sendo certo que, pelas características do procedimento em análise sempre teriam de ser afastados quem não satisfaça o grau mínimo de capacidade financeira que a entidade administrativa, no exercício das suas prerrogativas, entendeu definir no presente procedimento como requisitos mínimos de capacidade financeira para a melhor forma prosseguir o interesse público.

Alegam as Recorridas que tais requisitos seriam impossíveis de atingir.

Todavia, confrontando os Relatórios Preliminar e Final, verifica-se que uma das empresas que compõe o agrupamento, a F... – Sociedade de Construções S.A, demonstrou quanto ao requisito de autonomia financeira uma média de 69,02% e quanto ao requisito de solvabilidade geral positiva indicou 204,71% - vide ponto 12 e 14 do probatório.

Donde se extrai que, no caso em apreço, inexistem razões para desconsiderar as citadas alíneas da Cl.ª 14.ª, atentos os riscos associados à execução do contrato e da importância de um efectivo e candelado cumprimento do contrato de empreitada a realizar; considerando que o objecto do procedimento consiste na empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários caminhos, estradas e ruas que integram a rede viária do Município de São Vicente.

(...)

Em conformidade com a Lista de Quantidades original, antes da respetiva rectificação na sequência da revisão do projeto de execução, a quantidade de total de m2 da empreitada era de cerca de 70.000 m2.

Fatores que justificam uma maior criteriosa escolha no que concerne à capacidade e estabilidade financeira do futuro adjudicatário, tal como entendeu a Recorrente e que não foi afastado de modo justificado ou convincente por parte das Autoras/Recorridas.

Por outro lado, prescreve o artigo 179.º, do CCP sob a epígrafe “Modelo simples de qualificação”, seguinte:

1 - No caso de a qualificação não assentar no sistema de seleção, previsto no artigo 181.º, são qualificados todos os candidatos que preencham os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira.

2 - Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiras entidades, a capacidade destas apenas aproveita àquele na estrita medida das prestações objeto do contrato a celebrar que essas entidades se comprometam a realizar.

3 - Exclusivamente para os efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira:

a) A apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo vi ao presente Código 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. (d/n).

Donde, sempre poderiam as Autoras/Recorridas fazer uso do disposto no n.º 3 da Cláusula 14.ª do PP, que corresponde à citada al. a) do n.º 3 do art. 179º do CCP, que constitui um meio alternativo a quem não conseguisse demonstrar as condições mínimas prescritas no n.º 1, da Clª 14ª, ou seja, cuja finalidade é exatamente a de possibilitar a apresentação de candidaturas por candidatos que, eventualmente, não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade exigidos, sendo certo que tal possibilidade é inteiramente admissível no procedimento sub judice, por ter sido adotado o modelo simples de qualificação.

Ou seja, no presente procedimento de concurso limitado qualquer empresa que não preenchesse os requisitos mínimos de capacidade financeira poderia apresentar uma declaração bancária, conforme modelo do anexo VI ao CCP, considerando-se que tal equivaleria ao respetivo preenchimento para efeitos de qualificação.

O que significa que perante esta via alternativa de preencher os requisitos mínimos de capacidade financeira, as Recorridas/Autoras, ou outras empresas que não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade financeira poderiam ser qualificadas mediante a apresentação da identificada declaração bancária. Nem as Recorridas/Autoras alegaram, nem lograram provar, factos concretos demonstrativos da impossibilidade de obter a mencionada declaração.”

3. **Posteriormente, e conforma aponta a Câmara Municipal de São Vicente, na sua comunicação remetida no âmbito da presente Auditoria⁵⁸, a “A. TECNOVIA interpôs recurso de revista”. No entanto, “[n]as suas contra-alegações, o Município de São Vicente invocou, em face ao trânsito em julgado da decisão de recusa de visto do Tribunal de Contas, e por ter extinguido e aberto um novo procedimento pré-contratual com o mesmo objeto, a inutilidade superveniente da lide.”**

Assim, através de Decisão do TCAS datada de 09 de março de 2024, a instância (o processo) foi julgada extinta por inutilidade superveniente da lide⁵⁹. Em síntese, acabou por não haver qualquer decisão de fundo da Jurisdição administrativa transitada em julgado; nem a favor, nem contra a tese do município.

2.5. Responsabilidade financeira e identificação dos indiciados responsáveis

⁵⁸ Mediante o ofício registado nesta Secção Regional com o n.º E 1361/2024, de 2024/06/05.

⁵⁹ Em anexo, ao referido ofício remetido pela Câmara Municipal de São Vicente.

As responsabilidades financeiras configuram, conforme descrito em anteriores relatórios deste Tribunal⁶⁰, responsabilidades subjetivas e individuais, de natureza reintegratória ou sancionatória⁶¹, resultantes da ilegal ou deficiente gestão e utilização de dinheiros públicos.

As responsabilidades financeiras de natureza reintegratória implicam a reposição das importâncias abrangidas pela infração, sem prejuízo de outro tipo de responsabilidade que também possa estar em causa (cfr. disposto no n.º 1 do artigo 59.º da LOPTC), encontrando-se reguladas nos artigos 59.º a 64.º da LOPTC.

Por sua vez, as responsabilidades financeiras sancionatórias consistem na aplicação de multas pela prática culposa de certos factos previstos na lei, designadamente nos artigos 65.º e 66.º da LOPTC, sendo que o seu regime se encontra regulado:

- Nos artigos 65.º a 68.º da LOPTC;
- Nos artigos 61.º e 62.º do mesmo diploma, com as necessárias adaptações, aplicáveis por força do n.º 3 do artigo 67.º da LOPTC; e, ainda,
- Subsidiariamente, nos “(...) nos títulos I e II da parte geral do Código Penal”, ex vi n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC, numa expressa aproximação ao Direito Penal.

Apesar da distinção, operada pela lei, entre ambos os tipos de responsabilidade financeira, o n.º 6 do referido artigo 65.º da LOPTC, determina que “[a] aplicação de multas não prejudica a efetivação da responsabilidade pelas reposições devidas, se for caso disso.”

Com efeito, configuram pressupostos gerais das responsabilidades financeiras (não processuais)⁶²:

1. A prática de um comportamento (ativo ou omissivo, direta ou subsidiariamente⁶³), por parte de um sujeito que tem a seu cargo a gestão ou guarda de dinheiros ou outros valores

⁶⁰ Vide, por exemplo, os Relatórios n.ºs 8/2023-ARF-SRMTTC, de 12 de setembro e 11/2022-ARF-SRMTTC, de 17 de novembro.

⁶¹ Previstas no Capítulo V da LOPTC.

⁶² Cfr. os Relatórios n.ºs 8/2023-ARF-SRMTTC de 12 de setembro, 11/2022-ARF-SRMTTC de 17 de novembro e 6/2022-ARF-SRMTTC de 31 de maio.

⁶³ Cfr. os n.ºs 2 e 3 do artigo 62.º da LOPTC, que dispõe que a “(...) responsabilidade efetivada nos termos dos artigos anteriores pode ser direta ou subsidiária”. “(...) A responsabilidade direta recai sobre o agente ou agentes da ação”, sendo que é “(...) subsidiária a responsabilidade financeira reintegratória dos membros do Governo, gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados e exatores dos serviços, organismos e outras entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, se forem estranhos ao facto, quando:

a) Por permissão ou ordem sua, o agente tiver praticado o facto sem se verificar a falta ou impedimento daquele a que pertenciam as correspondentes funções;

b) Por indicação ou nomeação sua, pessoa já desprovida de idoneidade moral, e como tal reconhecida, haja sido designada para o cargo em cujo exercício praticou o facto;

c) No desempenho das funções de fiscalização que lhe estiverem cometidas, houverem procedido com culpa grave, nomeadamente quando não tenham acatado as recomendações do Tribunal em ordem à existência de controlo interno”.

públicos⁶⁴ – encontrando-se, esse comportamento, evidenciado factualmente em relatórios de auditoria do Tribunal de Contas⁶⁵ ou em procedimentos específicos complementares;

2. A ilicitude (objetiva) desse comportamento, definida como a inobservância e/ou violação de um dever de serviço normativamente fixado (relevando em especial, no Direito Sancionatório, a não verificação de uma causa de justificação, i.e, de um tipo justificador);
3. A culpabilidade do agente da conduta (culpa negligente ou culpa dolosa), considerando a atitude interna do autor do ilícito financeiro, e atendendo às especificidades das funções concretas por si desempenhadas com referência a um padrão de um responsável financeiro medianamente diligente, informado e cuidadoso^{66 67} – relevando, em especial, no Direito Sancionatório, a ausência de uma causa de exclusão da culpa, i.e., de um tipo desculpante, afigurando-se adequado impor ao agente a prova de que cumpriu os seus deveres.

O juízo de culpabilidade nas responsabilidades financeiras apresenta-se como um juízo de censura jurídica, com referência a comportamentos relativos (i) à legalidade e regularidade das operações financeiras públicas, ii) à fiabilidade das contas e demais demonstrações financeiras ou (iii) à observância das regras contabilísticas.

⁶⁴ Vide os n.ºs 1 a 4 do artigo 61.º da LOPTC.

⁶⁵ Onde se incluem os relatórios de verificação externa de contas (cfr. a alínea g), do n.º 3 do artigo 54.º da LOPTC).

⁶⁶ A culpa, entendida como um juízo de censura que tem por referência a atitude interna do autor do comportamento ilícito, deve ser apreciada em concreto, tendo em conta o padrão de um responsável financeiro (i) diligente e (ii) prudente na gestão e afetação dos dinheiros públicos que lhe compete zelar e gerir.

O conteúdo dessa atitude interna (censurável ou culposa) é integrável na figura do dolo (artigo 14.º do Código Penal), ou na figura da negligência (artigo 15.º do mesmo diploma).

Com efeito, e como reportado em vários relatórios e produtos deste Tribunal, o padrão de diligência exigido ao gestor de dinheiros públicos, é o do foro profissional, considerando os deveres do seu cargo – e exige-se, pelo menos, que o mesmo seja:

- i. mediano na informação;
- ii. mediano no critério;
- iii. mediano na prudência;
- iv. medianamente avisado e cauteloso, pois, a quem exerce funções de gestão ou administração pública é expectável (e, até, exigido) que tenha, ou que passe a ter, um mínimo de conhecimentos e cuidados sobre a matéria financeira pública, por exemplo, através da audição de especialistas internos ou externos ou da consideração das Recomendações emitidas pelo Tribunal de Contas (sobre estas veja-se os artigos 44.º n.º 4, 54.º n.º 3 al. i), 65.º n.º 1 al. j) e n.º 9 e 67.º n.º 2 da LOPTC).

⁶⁷ Nos termos do n.º 8 do artigo 65.º da LOPTC, “[o] Tribunal pode dispensar a aplicação da multa quando a culpa do demandado for diminuta e não houver lugar à reposição ou esta tiver sido efetuada.” (negrito nosso), sendo que a diminuição da culpa ou a culpa diminuída, por circunstâncias anteriores ou posteriores à infração, pode levar à atenuação da multa, com os respetivos limites máximos e mínimos reduzidos a metade (cfr. o n.º 7 do artigo 65.º).

Assim, atendendo a que as ilegalidades assinaladas no procedimento concursal que precedeu o contrato de empreitada para a “reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente – 2022”, consubstanciam uma “(...) *violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública* (...)”, nomeadamente os n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º e o n.º 1 do artigo 182.º, todos do CCP, estas constituem ilícitos financeiros passíveis de responsabilidade financeira sancionatória, por se enquadrarem no disposto na alínea l), do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC.

Atente-se, por isso, ao quanto se segue.

A responsabilidade financeira sancionatória é delitual em sentido estrito, pois visa punir uma infração a determinados deveres (com exigências de prevenções geral e especial⁶⁸), não tendo como objetivo a compensação/ressarcimento pelo dano (o qual caracteriza a responsabilidade de natureza reintegratória). Por essa razão, a sua efetivação dá origem a uma “sanção severa” (segundo a CEDH; cfr. os artigos 6.º e 7.º da CEDH), i.e., à condenação do agente infrator em multa.

Deste modo, em relação à responsabilidade financeira desta natureza, acresce, assim, um outro pressuposto face aos pressupostos gerais supramencionados: o comportamento ilícito e culposo do agente infrator terá de ser legalmente punível com a sanção de multa.

Nestes termos, e dada a circunstância de a responsabilidade financeira sancionatória se aproximar do direito penal e do direito disciplinar, afigura-se ser pressuposto da sua efetivação, a prática de uma conduta:

- 1) Típica, i.e., de uma conduta legalmente tipificada ou descrita no direito objetivo das finanças públicas;
- 2) Ilícita, que viole uma proibição ou imposição legal em sede de finanças públicas, sem causa de exclusão da ilicitude;
- 3) Culposa, i.e., censurável a título de dolo ou de negligência, sem causa de exclusão da culpa;
- 4) Legalmente punível com a sanção de multa⁶⁹.

Ademais, a aproximação àqueles ramos do direito, determinam, também, que a responsabilidade financeira sancionatória está sujeita – como esta Secção Regional tem vindo a sublinhar –, a princípios fundamentais como (i) o da culpa à maneira do Direito penal (cfr. os artigos 65.º n.ºs 4 e 5, 67.º n.ºs 2 e 4, 61 n.ºs 4 e 5, todos da LOPTC, e os artigos 13.º a 17.º do Código Penal), (ii) o princípio da tipicidade ou tipificação legal do ilícito, (iii) o princípio da irretroatividade da lei desfavorável, (iv), a regra “*ne bis in idem*”⁷⁰ e (v) o da determinabilidade das sanções aplicáveis.

⁶⁸ Aproximando-se, como já referenciado, do direito penal (aproximação essa que se indicia, também, pela remissão operada pelo n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC para os Títulos I e II da Parte Geral do Código Penal).

⁶⁹ Nos termos dos artigos 65.º e 66.º da LOPTC.

⁷⁰ Consagrada no n.º 5 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, que determina que “[n]inguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

O princípio da tipicidade legal da infração financeira sancionatória refere-se à legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas, bem como à boa gestão ou administração financeira (cfr. o artigo 65.º da LOPTC, quanto às infrações não processuais).

A apreciação da culpa⁷¹ (na responsabilidade financeira sancionatória) deve ter em conta, como já aludido, as especificidades das funções desempenhadas no caso concreto, pelos sujeitos que a elas estão obrigados, bem como aos deveres específicos do cargo exercido.

A atuação de um gestor financeiro deve ser (i) diligente e (ii) prudente, e corresponder, pelo menos, a uma atuação própria de um responsável mediano na (i) informação, no (ii) critério, na (iii) prudência, e (iv) medianamente avisado e cauteloso.

Perante o exposto, e considerando que a presente auditoria visa obter as evidências necessárias para a identificação dos autores e possíveis responsáveis das infrações financeiras suscitadas no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 43/2022 (elemento subjetivo das responsabilidades financeiras), importa atender ao quadro de responsabilidade fixado no n.º 1 do artigo 61.º da LOPTC (aplicável à responsabilidade financeira sancionatória por força do n.º 3 do artigo 67.º do mesmo diploma).

Com efeito, nos termos dos mencionados preceitos, a responsabilidade sancionatória “(...) *recai sobre o agente ou agentes da ação*”⁷² (pessoa ou entidade que gere, administra, recebe ou utiliza dinheiros públicos), podendo recair sobre os:

- ✓ “(...) [T]itulares dos órgãos executivos das autarquias locais, nos termos e condições fixadas para a responsabilidade civil e criminal nos n.ºs 1 e 3 do artigo 36.º do Decreto n.º 22257, de 25 de fevereiro de 1933” (n.º 2 do artigo 61.º);
- ✓ “(...) [G]erentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados e exatores dos serviços, organismos e outras entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas” (n.º 3 do referido artigo); e, ainda,
- ✓ “(...) [F]uncionários ou agentes que, nas suas informações para os membros do Governo ou para os gerentes, dirigentes ou outros administradores, não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei” (n.º 4 do artigo 61.º),

desde que a ação tenha sido praticada com culpa (cfr. o n.º 5 do mesmo artigo 61.º).

Posto isto, atendendo a que a recusa de visto se fundamentou na circunstância de as cláusulas 14.ª e 33.ª do programa do procedimento consubstanciarem uma violação do disposto:

- Nos n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º do CCP; que determinam que “[o]s requisitos mínimos de capacidade técnica a que se refere a alínea h) do n.º 1 do artigo anterior devem ser adequados à

⁷¹ Entendida, como já referido supra, como o juízo de censura referente à atitude interna do autor da infração financeira.

⁷² Conforme disposto no n.º 1 do artigo 61.º da LOPTC, *ex vi* n.º 3 do artigo 67.º do referido diploma.

natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto (...)” e 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”, respetivamente; e

→ No n.º 1 do artigo 182.º do CCP, que estabelece que “[s] alvo se o programa do concurso dispuser diferentemente e sem prejuízo do disposto no número seguinte, no caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e 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.”

são indiciados como financeiramente responsáveis pela infração prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, no segmento incidente sobre a “*violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública*” os membros do órgão executivo camarário composto por José António Gonçalves Garcês (Presidente da Câmara Municipal de São Vicente), Fernando Simão de Góis (Vice-Presidente e Vereador da Câmara Municipal de São Vicente), Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santos (Vereadora da Câmara Municipal de São Vicente), Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos (Vereadora da Câmara Municipal de São Vicente), e César Gregório Nóbrega Pereira (Vereador sem pelouro da Câmara Municipal de São Vicente), nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 61.º da LOPTC⁷³, pela:

- Elaboração do programa do procedimento na parte relativa à definição dos requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos (alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.^a), bem como pela elaboração da redação final da cláusula 33.^a da mesma peça do procedimento; e, bem assim, pela
- Aprovação das peças do procedimento sem que tenham atendido ao apoio técnico de qualquer estação competente⁷⁴.

⁷³ Aplicável à responsabilidade financeira sancionatória por remissão do n.º 3 do artigo 67.º da mesma LOPTC.

⁷⁴ Na sequência do contraditório e contrariamente ao que indiciavam os documentos analisados, veio a verificar-se (de harmonia com as alegações dos membros da Câmara Municipal) que a técnica superior que elaborou a informação n.º 32/PCM/2022 (em que foram propostas as peças do procedimento), não prestou qualquer apoio técnico-jurídico específico e orientado quanto à harmonia das cláusulas em causa no programa do procedimento com o disposto nos citados preceitos do CCP. Como a sua informação não teve como objetivo esclarecer/informar o órgão competente para a decisão de contratar quanto à legalidade daquela disposição do programa do concurso, não se verificam os pressupostos do conceito de “estação competente”, não lhe sendo por isso imputável a responsabilidade financeira enunciada no relato.

2.6. Apreciação das alegações produzidas em sede de audição prévia

Conforme referenciado no antecedente ponto 2.5., os indiciados responsáveis, ouvidos nos termos do artigo 13.º da LOPTC para efeitos de exercício do princípio do contraditório, apresentaram conjuntamente as suas alegações, as quais constam integralmente do Anexo II do presente documento.

Dada a extensão das mesmas, proceder-se-á à respetiva análise em cinco momentos: A. Considerações prévias; B. Da alegada legalidade dos requisitos mínimos de capacidade financeira constantes das alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª e da cláusula 33.ª do Programa do Procedimento; C. Da invocada não verificação dos pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória e do pedido de relevação da responsabilidade financeira sancionatória; D. Das especificidades relativas à Técnica Superior Ana Cláudia Santos Mendez; e E. Do pedido de relevação dos impedimentos.

A. Considerações prévias

Os responsáveis indiciados iniciaram a sua defesa, tecendo algumas considerações prévias, onde referenciaram a “(...) *contradição das decisões proferidas pelo TdC e os Tribunais Administrativos (...)*”, a qual consideram dever impor uma reflexão e “(...) *intervenção dos agentes que lidam com estas temáticas no sentido de despertar no legislador a vontade de efetuar alterações legislativas que obstem ao surgimento de processos que nunca deveriam ver a luz do dia.*”

Acrescentam não conseguir “(...) *perceber como é concebível que agentes que gerem a causa pública possam vir a ser sancionadas por atos que um Tribunal Administrativo de 2.ª instância considerou não configurarem a prática de qualquer ilegalidade*”, e que “(...) *a pendência de ações de contencioso pré contratual para a apreciação da legalidade das peças do procedimento e atos administrativos nele produzidos, deveria determinar a suspensão de qualquer processo de concessão de visto para evitar decisões (ainda que com finalidades distintas, mas proferidos com base nas mesmas normas jurídicas) contraditórias.*”

Por outro lado, e considerando que tal conclusão nem postula a criação de qualquer norma legal por já ter solução nos próprios pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória, a prolação de uma decisão do Tribunal Administrativo de 2.ª instância, contendo um juízo de legalidade sobre determinados atos ou cláusulas ou regulamento diverso do Tribunal de 1.ª instância, que acabou por permanecer na ordem jurídica, deveria de determinar, sem mais, a extinção e o arquivamento de quaisquer processos para apuramento e efetivação de responsabilidade financeira, quanto às questões que foram apreciadas e decididas pela jurisdição administrativa”.

Conforme já referenciado no ponto 2.4.⁷⁵, o âmbito de atuação do Tribunal de Contas difere do âmbito de atuação dos Tribunais Administrativos e Fiscais (*vide* os artigos 214.º e 212.º da CRP, respetivamente), cujas categorias foram distintiva e constitucionalmente consagradas nas alíneas

⁷⁵ Para o qual se remete no que respeita à questão em apreço.

b) (“*Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais*”) e c) (“*Tribunal de Contas*”) do n.º 1 do artigo 209.º da CRP.

Reforçando o disposto quanto à inter-relação dos foros financeiro e administrativo, analisada no âmbito do Acórdão n.º 241/93 – 2.ªS do Tribunal de Contas, “(...) *a ilegalidade administrativa e a ilegalidade financeira têm fundamentos e fins diversos, sem prejuízo da necessária unidade da ordem jurídica e do princípio da legalidade.*”

Com efeito, “(...) *ao Tribunal de Contas é apenas da legalidade financeira das despesas públicas que, como órgão supremo de fiscalização, cumpre cuidar e investigar (...)*”, pelo que “[p]arece inquestionável que a legalidade financeira envolve valores de conformidade à lei que, ao menos parcialmente, não são de modo necessário os mesmos da legalidade administrativa (...)” – **negritos nossos.**

Efetivamente, nos termos do artigo 214.º da lei fundamental, o Tribunal de Contas é o “(...) *órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas (...), competindo-lhe, nomeadamente:*

- a) *Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social;*
- b) *Dar parecer sobre as Contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira;*
- c) *Efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei;*
- d) *Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.*” – **negritos e sublinhados nossos.**

Trazendo de novo à colação o teor do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 787/2023, de 28 de novembro, e considerando que o Tribunal de Contas, enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade financeira, se trata de um verdadeiro Tribunal, como decorre “(...) *desde logo do art.º 209.º, n.º 1, da lei fundamental, daí resulta a obrigatoriedade de sujeição de qualquer entidade pública ou privada às suas decisões.*” Obrigação que também se encontra plasmada no n.º 2 do artigo 8.º da LOPTC.

É, assim, “(...) *opção da Constituição erigir o controlo da gestão das verbas públicas (nas várias vertentes, avaliação da legalidade, da boa gestão e da responsabilidade financeira) numa verdadeira jurisdição financeira e em atribuir o exercício desta a um Tribunal independente – o Tribunal de Contas*”⁷⁶ – **negritos e sublinhado nosso.**

Mais acrescenta o Tribunal Constitucional que “(...) *“o Tribunal de Contas, como tribunal que é, não é um órgão da Administração Pública”,* muito embora no quadro da sua jurisdição e para prossecução das suas atribuições exerça poderes não só materialmente jurisdicionais/contenciosos, mas também de fiscalização/controlo. Tais poderes de diferente natureza, porém, “*formam um todo global e coerente no âmbito do nosso sistema de controlo*”, sendo “*um complemento ou uma sequência natural*” uns dos outros.

⁷⁶ No cumprimento desta vontade constitucional, o legislador ordinário também definiu, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da LOPTC, que “[o] *Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras*”, tendo “(...) *jurisdição e poderes de controlo financeiro no âmbito da ordem jurídica portuguesa, tanto no território nacional como no estrangeiro.*”

(...) Ora, se assim é, duas conclusões têm necessariamente de ser retiradas:

- (i) não é por alguns dos poderes que exerce serem de natureza não jurisdicional que o Tribunal de Contas deixa de ser um Tribunal, constitucionalmente previsto;
- (ii) mesmo quando exerce poderes de natureza não jurisdicional, o Tribunal de Contas não deixa de estar a atuar na veste de Tribunal” – **negritos e sublinhados nossos.**

In casu, e conforme estabelecido na Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC de 20 de setembro⁷⁷, “(...) as ilegalidades decorrentes da violação das normas ínsitas aos artigos supra invocados, bem como do retro princípio, constituem motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada al. c), por se mostrarem, e tal como anteriormente se assinalou, suscetíveis de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato; isto, claro, a configurar-se a hipótese, realista ou provável, de terem afastado do procedimento outros operadores económicos e de terem impedido o Município de São Vicente de admitir outras propostas mais vantajosas para o interesse público financeiro prosseguido pela entidade adjudicante.

Quanto a este interesse público financeiro, está em causa, logicamente, o objetivo de conseguir, para a satisfação da necessidade em causa, a proposta económica mais vantajosa ou com a melhor relação qualidade-preço; sem esquecer a eficiência e a economicidade (cf. assim JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Introdução ao Direito dos Contratos Públicos*, 2021, pp. 545-547). (...)

As ilegalidades detetadas no âmbito da apreciação deste (...), consubstanciadas na inobservância dos preceitos legais identificados supra, configuram objetivamente um ilícito financeiro de natureza sancionatória, enquadrável na previsão normativa da al. l) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas” – **negritos nossos.**

Assim, encontrando-nos no âmbito da Jurisdição financeira, por estarmos perante um ilícito suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, cabe ao Tribunal de Contas, nos termos constitucionais e legais acima expostos, efetivar a responsabilidade decorrente da infração financeira detetada no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 43/2022, em cumprimento da sua competência definida constitucional e legalmente.

Deste modo, e atendendo a que as Jurisdições financeira e administrativa são distintas no seu âmbito de atuação, nos seus fundamentos e nos seus fins, e não na sua hierarquia constitucional, não se verifica existir fundamento no ordenamento jurídico português, nomeadamente no quadro estabelecido pela CRP, para “(...) *determinar, sem mais, a extinção e o arquivamento de quaisquer processos para apuramento e efetivação de responsabilidade financeira, quanto às questões que foram apreciadas e decididas pela jurisdição administrativa*”⁷⁸.

Sem prejuízo do exposto, releva sublinhar ainda que os contraditados escudam a sua argumentação num processo de contencioso administrativo do qual não resultou qualquer decisão efetiva e transitada em julgado quanto à legalidade das cláusulas 14.ª e 33.ª do Programa do Procedimento,

⁷⁷ Confirmada pelo Acórdão n.º 2/2023-1.ª Secção-PL proferido no âmbito do recurso ordinário, interposto pela Câmara Municipal de São Vicente, e já transitado em julgado.

⁷⁸ Tal como sugerem os indiciados responsáveis.

pois esta instância foi declarada extinta (por inutilidade superveniente da lide) sem que o Supremo Tribunal Administrativo se tivesse pronunciado acerca do recurso de revista interposto pelas Autoras (e que teve como objeto o teor do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 09/11/2023, invocado pelos indiciados responsáveis nas respetivas alegações).

Não havendo uma decisão definitiva dos tribunais administrativos superiores relativamente à questão de fundo do processo, não nos encontramos perante uma “(...) *contradição das decisões proferidas pelo TdC e os Tribunais Administrativos* (...)”, mas, tão-somente, perante uma contradição entre duas decisões proferidas por tribunais administrativos, nomeadamente pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal e pelo Tribunal Central Administrativo Sul, que não ficou efetivamente esclarecida para efeitos de definição da posição dos tribunais administrativos quanto a esta matéria. A estas decisões opõem-se, por outro lado, duas decisões unânimes emitidas por duas secções distintas do Tribunal de Contas.

Finalmente, cabe sublinhar que nunca há contradição de casos julgados entre a Jurisdição administrativa e a Jurisdição financeira, pela óbvia razão de que não se pode falar em iguais partes e em iguais pedidos; nem mesmo em causas de pedir (sobre isto releva o artigos 580º e 581º do CPC).

Não procede, assim, a alegação apresentada pelos contraditados.

B. Da alegada legalidade dos requisitos mínimos de capacidade financeira constantes das alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª e da cláusula 33.ª do Programa do Procedimento

Indicam os responsáveis indiciados que, “[a] posição da Câmara Municipal, de cuja Vereação os aqui visados fazem parte, a respeito da legalidade dos mencionados requisitos de capacidade financeira e sobre o preenchimento dos requisitos de capacidade financeira por agrupamentos, constam das (...) peças, apresentadas na ação administrativa que correu termos sob o processo n.º 63/22.8BEFUN no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal (...)”.

Nesta sede, e para os referidos efeitos, foram transcritas, no corpo das alegações ora em análise: a contestação apresentada no âmbito do referido processo, as alegações do recurso de apelação, parte do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul datado de 09/12/2023, as contra-alegações do recurso de revista e as alegações do recurso da decisão de recusa de visto prévio apresentado no processo de fiscalização prévia n.º 43/2022.

Nessa decorrência, e com base nos argumentos plasmados nas peças referenciadas, concluem os indiciados responsáveis que “(...) a posição da CMSV que acabou por merecer acolhimento no douto Acórdão do TCAS não configura a prática de qualquer ilegalidade, quanto aos requisitos mínimos de capacidade financeira”, alegando que ficou igualmente “(...) demonstrado que o conteúdo da cláusula 33.ª, com retificação efetuada por iniciativa exclusiva da Câmara Municipal (órgão competente), não padece de qualquer ilegalidade.”

Para o efeito, invocam que “(...) Na sentença do TAF foi mencionado o seguinte:

No que concerne à alegação de que o júri alterou a redação da cláusula 33.º do Programa do Procedimento resolvendo aplicar o regime de exceção previsto no artigo 171.º do CCP, tendo sido aplicado o regime legalmente previsto, ainda que excecional, e não tendo sido assacada qualquer ilegalidade à mencionada cláusula, nada há apreciar e a decidir nesta parte.”

E acrescentam que “(...) [i]mporta destacar que o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica não padece de qualquer ilegalidade, correspondendo a uma redação que já foi utilizada em inúmeros procedimentos de modo igual e/ou semelhante, inclusive pelo Município (...), cujos contratos foram visados por esta Veneranda Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, sem qualquer reparo ou recomendação”, fazendo referência ao “(...) processo de fiscalização prévia n.º 45/2023, cuja cláusula 33.ª do PP disponha que no caso de o candidato ser um agrupamento considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica, quando relativamente a cada requisito, algum dos membros que integram o agrupamento o preenche individualmente.

(...) Na cláusula 33.ª do PP, com a redação resultante da retificação efetuada pela Câmara Municipal, dispõe-se que “No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente (...)”.

No entanto, o processo de fiscalização prévia n.º 45/2023 teve como objeto um contrato com especificidades distintas do contrato ora em causa, nomeadamente respeitantes ao seu grau de complexidade elevado, que fundamentou a aplicação da exceção prevista no n.º 1 do artigo 182.º do CCP.

Além da circunstância de nos encontrarmos perante dois instrumentos jurídicos distintos quanto ao seu conteúdo e complexidade, as cláusulas 33.ªs dos Programas de Procedimento daquele processo de visto e do processo de visto que precedeu a presente ARF encontram-se formuladas de forma distinta.

Com efeito, dispõe a cláusula 33.ª do Programa do Procedimento do processo de visto n.º 45/2023, que “[n]o caso de o candidato ser o agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados na cláusula 13.ª, desde que, relativamente a cada requisito, algum dos membros que o integram o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira indicados na cláusula 14.ª, desde que, também relativamente a cada requisito, o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente.”

Por sua vez, a cláusula 33.ª do Programa do Procedimento relativo ao processo de fiscalização prévia n.º 43/2022, na redação conferida pelo executivo camarário de São Vicente através de reunião camarária datada de 24 de fevereiro de 2022, determina, como bem referiram os indiciados, que, “[n]o caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente (...)”, mas dispõe também, na parte final da cláusula, omitida pelos indiciados responsáveis na alegações apresentadas, que “(...) preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª quando todos os membros os preenchem individualmente.”

Pelo exposto, esta alegação não procede.

Acrescenta, por fim, relativamente à mencionada cláusula 33.^a do Programa do Procedimento, na redação conferida pela Câmara Municipal, que, “[a] exigência, nos termos em que foi fundamentada e esclarecida desde o processo de fiscalização prévia, de os requisitos terem de ser preenchidos individualmente por todos os candidatos, reporta-se unicamente ao requisitos mínimos de capacidade financeira, e visava num síntese, salvaguardar a boa execução do contrato e o interesse público que lhe estava subjacente, tendo em conta que se tratava de uma intervenção num grande numero de vias públicas do Município de São Vicente, a qual não se compadecia com quaisquer riscos de suspensão e atrasos dos trabalhos.”

A questão da legalidade dos requisitos mínimos de capacidade financeira constantes das alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.^a e da cláusula 33.^a do Programa do Procedimento foi apreciada por este Tribunal, mediante a Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC, emitida no âmbito do processo de visto n.º 43/2022, bem como através do Acórdão n.º 2/2023-1.^a S– PL, proferido em sede do recurso ordinário n.º 8/2022 – 1.^a s, e transitado em julgado.

Com efeito, atendendo a que esta auditoria visa a identificação dos autores e possíveis responsáveis das infrações financeiras detetadas no referido processo de visto (elemento subjetivo das responsabilidades financeiras), e considerando que as alegações não trazem argumentos distintos dos já evidenciados em sede do mencionado recurso ordinário interposto pela Câmara Municipal de São Vicente, reitera-se *in totum* o entendimento proferido por este Tribunal no âmbito do citado Acórdão n.º 2/2023-1.^a S– PL, o qual, conforme mencionado no ponto 2.3. supra, julgou totalmente improcedente o referido recurso e manteve o teor da Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC de 20 de setembro (descortinada no ponto 2.2. supra).

C. Da invocada não verificação dos pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória e do pedido de relevação da responsabilidade financeira sancionatória

Nas alegações apresentadas, os indiciados responsáveis indicam que “[o] enquadramento jurídico da responsabilidade financeira sancionatória, efetuado no duto Relato está correto”, não considerando o mesmo “(...) quanto à conclusão de que no caso sub judice os seus pressupostos estão preenchidos.”

Referem que “[n]ão subsistem dúvidas que os visados que integram o órgão Câmara Municipal (Presidente, Vice-Presidente e vereadores) proferiram decisão de contratar e aprovaram as peças do procedimento, bem como procederam (por sua exclusiva [sic] incitativa), à retificação da cláusula 33.^a do PP”, considerando, contudo, “(...) por tudo o que foi supra alegado (...) que a sua conduta não é ilícita.”

Nesta sede, os indiciados acrescentam, em desconsideração pelos pressupostos legais vertidos no artigo 61.º da LOPTC⁷⁹ quanto ao elemento subjetivo das responsabilidades financeiras que, “(...) [a] ser assim (tolere-se e perdoe-se o exagero) os Exmos. Senhores Doutores Juizes Desembargadores do TCAS, que proferiram o duto Acórdão, decidindo e determinando que ação administrativa deveria de improceder por entenderem que as alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.º do PP são plenamente

⁷⁹ Aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* o n.º 3 do artigo 67.º do mesmo diploma.

válidas e lícitas e não violam nenhuma norma ou princípios aplicáveis à contratação pública, também deveriam estar a ser alvo de responsabilidade financeira sancionatória.”

E prosseguem, referindo que os “(...) membros do órgão executivo tomaram as decisões de modo fundamentado, no uso e nos limites dos seus poderes discricionários, visando salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução dos contratos públicos, tendo em conta a relevância económica e social do objeto do contrato (intervenção num considerável número de vias públicas de circulação do Município de São Vicente)” , e que “[u]ma decisão juridicamente defensável e que veio a ser acolhida pelos próprios Tribunais Administrativos, nunca pode merecer censura; discordância jurídica talvez, recomendações de seguir um determinado modo de atuar, possivelmente, mas censura e punição jamais.

(...) Não se pode descurar, como bem se mencionou no Acórdão que pôs termo ao Processo judicial do contencioso pré-contratual (Vide doc. 7), que o TC não formula juízos de legalidade de atos e contratos sujeitos à sua apreciação.

(...) Diferente seria praticar uma conduta clamorosamente ilegal e prevaricadora; uma conduta que consiste manifestamente numa afronta grosseira à lei em matérias sem controvérsias e polémicas doutrinárias e jurisprudenciais..., situação que não ocorre nos presentes autos, como está bem evidenciada na revogação da decisão do TAF pelo TCAS”, pelo que reforçam que, “(...) a conduta dos visados não é ilícita, por ter merecido um juízo de legalidade por parte do poder judicial e [sic] um uma diferente jurisdição com competência para formular juízos de legalidade e ilegalidade sobre atos e contratos administrativos”.

Sustentam, assim, que “(...) não pode haver ilegalidade financeira sem ilegalidade administrativa, pelo menos neste caso em que a matéria de Direito aplicável é totalmente coincidente; a ilegalidade financeira pressupõe uma ilegalidade administrativa (entendida como violação da lei), o que não sucede neste caso” e que “(...) é irrefutável que a conduta dos visados não é culposa, nem a título de negligência.”

(...) Esta iniciativa sancionatória é chocante por ser incompreensível pretender punir condutas que foram consideradas legais por uma instância judicial e a única competente para formular juízos de ilegalidade ou legalidade de atos e contratos administrativos.

Por fim, sustentam novamente o entendimento de que “[u]m ato não pode ser julgado legal pelos Tribunais Administrativos e ilegal pelo TC; e se tal sucedeu, seguramente, num caso destes não se preenchem os pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória, que pressupõem a prática de uma ilegalidade, em especial quando o quadro normativo é exatamente o mesmo e, consequentemente, torna irrelevante a alegação da existência de diferentes finalidades na atuação das duas instâncias jurisdicionais em causa [sic] Tribunais de Contas e Tribunais Administrativos).

Cumpre referir, primeiramente, que, no Direito Penal⁸⁰, é habitualmente feita a distinção doutrinária entre as “causas de exclusão da ilicitude” (as quais afastam a ilicitude do facto que passa, face à verificação daquelas circunstâncias, a facto lícito não punível) e as “causas de exclusão da culpa”,

⁸⁰ Aplicável *in casu*, porquanto os Títulos I e II da Parte Geral do Código Penal são aplicáveis, subsidiariamente, à responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC, como melhor explanado infra.

em que, apesar de o facto se manter típico e ilícito, é removida a culpa do agente, porque a conduta do ilícito-típico não é, afinal, juridico-eticamente censurável.

Relativamente à ilicitude da conduta dos membros do órgão executivo do Município de São Vicente, que constitui um dos aspetos centrais do contraditório ora em análise, e como referenciado no ponto antecedente, o Tribunal de Contas já se pronunciou em sede do processo de fiscalização prévia n.º 43/2022 (cfr. a Decisão 74/2022-FP-SRMTC), bem como no âmbito do recurso ordinário n.º 8/2022 – 1.ª S (interposto pela Câmara Municipal de São Vicente) mediante o Acórdão n.º 2/2023-1.ª S– PL, tendo concluído que, com a conduta adotada⁸¹, os indiciados responsáveis violaram as normas vertidas no n.º 1 do artigo 165.º, no n.º 1 do artigo 182.º, bem como os princípios da concorrência e da proporcionalidade estatuidos no n.º 1 do artigo 1.º-A, todos do CCP.

Por sua vez, quanto ao pressuposto da culpa dos indiciados responsáveis para efeitos de efetivação da responsabilidade financeira sancionatória, estes advogam que os *“(...) membros do órgão executivo tomaram as decisões de modo fundamentado, no uso e nos limites dos seus poderes discricionários, visando salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução dos contratos públicos, tendo em conta a relevância económica e social do objeto do contrato”*, limitando-se, ademais, a reafirmar não compreender como se vislumbra possível, *“(...) perante os resultados da ação administrativa e o decidido no douto Acórdão do TCAS e na sentença do TAF (quanto à cláusula 33.ª), que se conclua por um juízo de culpabilidade (...)”*, bem como a sublinhar que *“(...) é irrefutável que a conduta dos visados não é culposa, nem a título de negligência”*.

Neste âmbito, acrescentam os indiciados responsáveis, nas respetivas alegações, designadamente quando solicitam a relevação da responsabilidade financeira sancionatória⁸², que *“(...) no caso em apreço, é indisputável que não existe dolo e que a existir culpa só o pode a título de negligência (...)”*.

Importa referir preliminarmente que a apreciação efetuada em sede de auditoria é de natureza indiciária e que os responsáveis, sempre que incumpram, no exercício das funções públicas para que foram nomeados, as determinações legais de índole financeira a que estão obrigados, e que visam defender o interesse público⁸³, como ocorreu *in casu*, preenchem quase sempre o quadro típico de uma atuação, no mínimo negligente, situação que é suficiente para a imputação de eventual responsabilidade financeira sancionatória (cfr. o n.º 2 do artigo 64.º e os n.ºs 4 e 5 do artigo 65.º da LOPTC).

Nos termos do n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC, ao regime substantivo da responsabilidade financeira sancionatória aplica-se, subsidiariamente, o disposto nos Títulos I e II da Parte Geral do Código Penal.

⁸¹ E melhor descrita no ponto 2.1. supra.

⁸² Analisada no ponto 2.6.5. infra.

⁸³ Como sejam os n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º, o n.º 1 do artigo 182.º, e os princípios da concorrência e da proporcionalidade vertidos no n.º 1 do artigo 1.º-A, todos do CCP, e no n.º 2 do artigo 266.º da CRP, quanto a este último.

Assim, quanto à culpa, são subsidiariamente aplicáveis, os artigos 14.º (dolo), 15.º (negligência), 16.º (erro sobre as circunstâncias do facto) e 17.º (erro sobre a ilicitude) do Código Penal, que se encontram sistematicamente inseridos no Título II da Parte Geral deste Código.

Ora, dispõe o artigo 14.º do referido diploma que, age com dolo “(...) *quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar*” (n.º 1), “(...) *quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta*” (n.º 2), e “[q]uando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização” (n.º 3).

No entanto, dos factos assentes no presente processo de auditoria, bem como das alegações apresentadas pelos indiciados responsáveis, não resulta a verificação de qualquer elemento factual que preencha os pressupostos deste normativo, pelo que se conclui que os agentes indiciados não agiram com dolo.

Quanto à negligência, determina o artigo 15.º do Código Penal que “[a]ge com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

- a) *Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou*
- b) *Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.”*

Nesta matéria comanda o n.º 1 do artigo 17.º do mencionado diploma, que determina “[a]ge sem culpa quem atuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro não lhe for censurável.”

Assim, a culpa é afastada apenas nas situações de erro não censurável sobre a ilicitude.

Nestes termos, cabe lembrar que os responsáveis públicos, no exercício das suas funções, estão vinculados a observar escrupulosamente as normas legais e regulamentares aplicáveis aos atos por si praticados ou pelos órgãos a que pertencem, em decorrência do princípio da legalidade aplicável a toda a atividade administrativa⁸⁴, “(...) *devendo redobrar o seu cuidado antes de atuar, empreendendo todas as diligências necessárias e de que é capaz, para apurar o verdadeiro sentido da norma à luz da qual pode e deve agir* (...)”⁸⁵, caso a lei dê “(...) *aso a diversas interpretações, posições, teses e, inclusive, decisões judiciais contraditórias*”, como alegam os contraditados.

Advogam os indiciados responsáveis, como já mencionado, que, “(...) *tomaram as decisões de modo fundamentado, no uso e nos limites dos seus poderes discricionários, visando salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução dos contratos públicos, tendo em conta a relevância económica e social do objeto do contrato.*”

⁸⁴ Constante do n.º 2 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa e do n.º 1 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo.

⁸⁵ Cfr. o Despacho do então Juiz Conselheiro da SRMTC n.º 12 099/2012, proferido pelo então Juiz Conselheiro da SRMTC a 30 de julho, no âmbito da “Auditoria orientada para a assunção, pelas autarquias, de encargos com serviços de advocacia/consultadoria jurídica relacionados com ações desenvolvidas pelo TC”, publicado no DR, II série, n.º 178, de 13 de setembro.

No entanto, esta argumentação, que se escudou na discricionariedade administrativa⁸⁶ e na alegada salvaguarda do interesse público (em desconsideração, contudo, pelo interesse público financeiro prosseguido pela entidade adjudicante⁸⁷), não só não justifica a adoção das excessivas e desproporcionais exigências estabelecidas nas cláusulas 14.^a e 33.^a do Programa do Procedimento, como também não sustenta o entendimento de que a atuação ilícita dos contraditados não é culposa, como advogam.

E assim o é, porquanto os membros do órgão executivo do Município de São Vicente, ao terem desconsiderado os princípios da proporcionalidade e da concorrência (consagrados no n.º 2 do artigo 266.º da CRP e no n.º 1 do artigo 1.º-A do CCP) na análise e na aplicação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º e do n.º 1 do artigo 182.º, todos do CCP, ao caso concreto (mormente face às prestações objeto do contrato e perante a alteração do resultado financeiro do contrato resultante da excessiva restrição da concorrência), não atuaram, tudo o indica, com o cuidado e diligência que lhes é exigida enquanto administradores públicos.

Efetivamente, uma atuação cuidada e diligente por parte dos responsáveis públicos pressupõe o conhecimento, a análise e a correta aplicação das regras e dos princípios que norteiam a atividade administrativa (e, bem assim, a contratação pública), bem como uma ponderação, para efeitos interpretativos das normas a aplicar, dos objetivos e fundamentos que compõem o elemento teleológico dos preceitos. E é na consideração de todos estes elementos que se exige aos responsáveis da *res pública*, o cuidado redobrado antes de atuar e ainda o empreendimento das diligências necessárias para apuramento do verdadeiro sentido da norma, devendo a sua atuação ter em conta todos os interesses públicos em causa, incluindo o interesse público financeiro, como se viu na Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC de 20 de setembro, mantida pelo Acórdão n.º 2/2023-1.ª S-PL de 17 de janeiro, transitado em julgado.

Esta exigência evidencia-se, sobretudo, no âmbito da discricionariedade administrativa, a qual, por não ser absoluta e ilimitada, é balizada, nomeadamente, pelos princípios constitucional e legalmente consagrados⁸⁸, que podem mesmo configurar, como é o caso do princípio da proporcionalidade (desconsiderado no caso em apreço), regras ou postulados concretizadores das “(...) *normas que sejam princípios jurídicos e de aplicação das normas que sejam regras jurídicas*”⁸⁹.

E esta atuação indiciariamente descuidada também se evidencia em sede da fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, uma vez que, para efeitos de interpretação do disposto no n.º 1 do artigo 165.º do CCP, os membros dos órgãos do executivo camarário do Município de São

⁸⁶ A qual, como bem referem os indiciados, não é ilimitada.

⁸⁷ Conforme assinalado na Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC de 20 de setembro, cujo teor se manteve mediante o Acórdão n.º 2/2023-1.ª S-PL de 17 de janeiro, já transitado em julgado (*vide* pontos 2.2. e 2.3 do presente documento).

⁸⁸ *Vide*, nomeadamente, o artigo 266.º da CRP, os artigos 3.º a 19.º do Código do Procedimento Administrativo, na sua atual redação, e o artigo 1.º-A do CCP.

⁸⁹ Cfr. a Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTC, de 20 de setembro, mantida pelo Acórdão n.º 2/2023-1.ª S-PL, de 17 de janeiro, já transitado em julgado.

Vicente poderiam e deveriam ter beneficiado do auxílio das informações demonstradas nas análises económico-financeiras elaboradas pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (IMPIC, I.P.)⁹⁰, relativamente aos anos fixados no programa do procedimento.

Assim, por configurarem pressupostos de uma diligente e cuidada aplicação das normas legais e regulamentares a que os responsáveis públicos estão vinculados, é expectável que todos os elementos de ponderação referenciados sejam conhecidos e considerados pelo responsável público medianamente diligente, informado e cuidadoso.

Pelo que a conduta dos visados, indiciariamente negligente pelos motivos expostos, não se afigura, então, suscetível de ser enquadrada como um erro sobre a ilicitude, nos termos em que este é configurado no n.º 1 do artigo 17.º do Código Penal. Não obstante, ainda que assim não se entenda, sempre seria de considerar, de modo indiciário, que esse erro seria censurável, pois era exigível aos contraditados, em função das qualidades e responsabilidades em que estão investidos e por força do dever legal de exercer a respetiva competência, que desenvolvessem todas as diligências para atuar de acordo com a lei.

Donde se retira que a factualidade descrita e acabada de analisar indicia que os visados, quando agiram ilicitamente, fizeram-no, no mínimo, com culpa na modalidade de negligência inconsciente.

D. Das especificidades relativas à técnica superior Ana Cláudia Santos Mendez

Alegam os visados que “[a] Técnica Superior Ana [sic] Claudia não foi responsável pela elaboração das cláusulas respeitantes à fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, nem foi a responsável pela retificação da cláusula 33.ª do PP, a qual foi efetuada sem a sua intervenção, [sic] analise e/ou apreciação jurídica”, uma vez que, como invocam, a técnica superior em causa “(...) quando elaborou as minutas e a decisão de contratar desconhecia quais os requisitos mínimos de capacidade financeira que seriam fixados em termos percentuais, nem teve qualquer intervenção na sua fixação.”

Acrescentam, por fim, que “(...) a sua intervenção limitou-se à elaboração da cláusula 33.ª na redação original constante do PP, redação que não merece qualquer censura, por ser manifesto que não padece de qualquer ilegalidade e ter sido objeto de visto em inúmeros procedimentos pré-contratuais com pré-qualificação.”

Face ao esclarecimento, comprovado mediante o envio da ata da reunião no âmbito da qual os membros do órgão executivo do Município de São Vicente deliberaram alterar a redação da cláusula 33.ª do Programa do Procedimento, a Técnica Superior Ana Cláudia Santos Mendez não pode ser responsabilizada pela prática da infração que lhe vinha imputada no relato da auditoria.

⁹⁰ Que, relembre-se, é a entidade que “(...) tem por missão regular e fiscalizar o setor da construção e do imobiliário, dinamizar, supervisionar e regulamentar as atividades desenvolvidas neste setor, produzir informação estatística e análises setoriais e assegurar a atuação coordenada dos organismos estatais no setor, bem como a regulação dos contratos públicos”, de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 232/2015 de 13 de outubro.

E. Do pedido de relevação da responsabilidade financeira

Os contraditados finalizam as suas alegações, referindo que, “[c]aso não se conclua pela falta de preenchimento dos pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória, o que só por cautela se concebe, (...) estão reunidos todos os requisitos para esta digníssima Secção [sic] regional da Madeira do Tribunal de Contas determinar a sua relevação”, procedendo à transcrição do n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC.

Alegam que, “(...) é indisputável que não existe dolo e que a existir culpa só o pode ser a título de negligência; não [sic] existe anteriores recomendações sobre a matéria que se discute neste processo; está em causa a primeira censura.

(...) Ou seja, atendendo a todos os antecedentes, factos, elementos objetivos e subjetivos, circunstâncias do processo e diversas decisões judiciais, impõe-se determinar a relevação da responsabilidade financeira sancionatória, por razões de justiça e equidade”.

Determina o n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC que “[a] 1.ª e 2.ª Secções do Tribunal de Contas podem relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa quando:

- a) Se evidenciar suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência;
- b) Não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado;
- c) Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática.”

O mesmo o pode fazer a SRMTC (artigo 105º nº 1 da LOPTC).

No caso, constata-se que a conduta ilícita e indiciariamente negligente dos responsáveis, adotada no procedimento que precedeu a celebração do contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente (2022), não foi objeto de censura ou de recomendações anteriores pelo Tribunal ou por um órgão de controlo interno, até à realização do contraditório.

As circunstâncias do caso são, assim, compatíveis com o disposto no n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC. Portanto, aqui ocorrem os pressupostos enunciados nas três alíneas do cit. n.º 9.

Razão pela qual, apesar de este mecanismo constituir uma competência de “(...) exercício não vinculativo ou facultativo (...) (como resulta do emprego do termo “podem”), ainda que se encontrem preenchidos todos os pressupostos exigidos nas três alíneas (...)” do n.º 9 do citado artigo 65.⁹¹, **não se vislumbram razões para que a pretensão de relevação das responsabilidades financeiras aqui indiciadas não proceda, face ao contexto anteriormente descrito.**

⁹¹ Neste sentido, vide o Relatório n.º 1/2021-ARF-1.ªS, aprovado a 16 de fevereiro (disponível em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosApuramentoResponsabilidades/Documents/2021/arf-dgtr-rel001-2021-1s.pdf>).

3. CONCLUSÕES

Tendo em conta as verificações efetuadas, o Tribunal de Contas conclui que:

1. Ao fazer as exigências plasmadas no programa do procedimento – referentes aos requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos (alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.^a) e ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira pelos agrupamentos de candidatos (cláusula 33.^a) –, no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação que antecedeu a “*contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente*”, o Município de São Vicente impôs uma restrição inadequada, desnecessária e desequilibrada ou irrazoável, tendo presente o objeto do contrato a celebrar, tal como determina o proémio do n.º 1 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos.

Foram colocados em crise comandos legais que enformam o Direito da contratação pública, vertidos no n.º 1 do artigo 1.º-A do Código dos Contratos Públicos – o da concorrência, por se ter limitado injustificadamente o acesso ao procedimento concursal, e o da proporcionalidade, na medida em que os requisitos definidos se revelaram excessivos face ao objeto do contrato.

2. O circunstancialismo acima sumariado conduziu à recusa do visto ao contrato, mediante a Decisão n.º 74/2022-FP-SRMTTC de 20 de setembro, desta Secção Regional, por se encontrar preenchido o fundamento previsto para o efeito na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (cf. o ponto 2.2.).

Tal Decisão foi mantida pelo Acórdão n.º 2/2023-1.ª S-PL de 17 de janeiro, já transitado em julgado, proferido na sequência da interposição de recurso ordinário, pelo Município de São Vicente, para o plenário da 1.ª Secção deste Tribunal⁹² (cf. o ponto 2.3.).

3. A conduta ilícita e indiciariamente negligente dos responsáveis (deixando de fora Ana Cláudia Santos Mendez), adotada no procedimento que precedeu a celebração do contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no Concelho de São Vicente (2022), não foi objeto de censura ou de recomendações anteriores pelo Tribunal ou por um órgão de controlo interno, até à realização do contraditório.

As circunstâncias do caso são, assim, compatíveis com o disposto no n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC, que permite ao Tribunal de Contas relevar a responsabilidade financeira sancionatória (i) quando se evidenciar, suficientemente, que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título negligência, (ii) quando não tiver havido recomendações anteriores do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado, bem como (iii) quando tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática.

⁹² Com o n.º 8/2022 – 1.ª Secção (Processo n.º 43/2022).

4. RECOMENDAÇÃO

No contexto da matéria exposta no documento, o Tribunal de Contas recomenda à Câmara Municipal de São Vicente que, no domínio da contratação pública, quando recorra ao concurso limitado por prévia qualificação, se confine ao estrito cumprimento das normas do Código dos Contratos Públicos que enformam e disciplinam este procedimento adjudicatório, abstendo-se, na fixação dos requisitos mínimos obrigatórios de qualificação, bem como das exigências no preenchimento dos requisitos mínimos por agrupamentos de candidatos, de formular restrições inadequadas, desnecessárias e desequilibradas ou irrazoáveis, tendo presente o objeto do contrato a celebrar, como manda o proémio do n.º 1 do artigo 165.º do citado Código, e como determinam os princípios vertidos no artigo 1.ª-A do mesmo diploma.

(Tal comportamento evitará que se coloquem em crise os comandos legais que enformam o Direito da Contratação Pública, vertidos no n.º 1 do artigo 1.ª-A – o da concorrência, por se limitar injustificadamente o acesso ao procedimento concursal, e o da proporcionalidade, considerando que os requisitos mínimos financeiros definidos e as exigências de preenchimento dos mesmos pelos agrupamentos candidatos se revelam excessivos face ao objeto do contrato, tendo por referência normativo-exegética os artigos 81.º, alínea f), 99.º e 266.º da Constituição da República Portuguesa.)

5. DECISÃO

Pelo exposto, o Tribunal de Contas, em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira, decide, ao abrigo do n.º 4 do artigo 214.º da CRP e do artigo 105.º da LOPTC, o seguinte:

- a) Aprovar, com os pareceres favoráveis dos Assessores e do Ministério Público, o presente Relatório de Auditoria e a Recomendação nele formulada;
- b) Releva a indiciada responsabilidade financeira sancionatória dos indiciados responsáveis (José António Gonçalves Garcês, Fernando Simão de Góis, Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santos, Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos e César Gregório Nóbrega Pereira), nos termos do n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC;
- c) Ordenar que um exemplar deste Relatório seja remetido:
 - Ao Presidente da Câmara Municipal de São Vicente, José António Gonçalves Garcês;
 - Ao Vice-Presidente e Vereador da Câmara Municipal de São Vicente, Fernando Simão de Góis;
 - À Vereadora da Câmara Municipal de São Vicente, Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santos,
 - À Vereadora da Câmara Municipal de São Vicente, Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos; e
 - Ao Vereador da Câmara Municipal de São Vicente, César Gregório Nóbrega Pereira (Vereador sem pelouro da Câmara Municipal de São Vicente).
 - À Técnica Superior, Ana Cláudia Santos Mendez, afeta à Divisão Jurídica e de Urbanismo;

- d)** Entregar um exemplar deste Relatório ao magistrado do Ministério Público junto desta Secção Regional, nos termos dos artigos 29.º n.º 4 e 57.º n.º 1 da LOPTC, aplicáveis por força do disposto no art.º 55.º n.º 2 da mesma LOPTC;
- e)** Determinar que a Câmara Municipal de São Vicente informe a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, até ao dia 30 de maio de 2025, sobre quais as diligências efetuadas para dar acolhimento à Recomendação constante do presente Relatório, enviando-nos a correspondente documentação comprovativa;
- f)** Fixar os emolumentos devidos pela Câmara Municipal de São Vicente em 137,31 € (40% do valor de referência), de acordo com o previsto no artigo 18.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁹³, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96 de 31 de maio, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 139/99 de 28 de agosto e 3-B/2000 de 4 de abril;
- g)** Mandar divulgar o presente Relatório no sítio do Tribunal de Contas na *Internet*, bem como na *Intranet*, após a devida notificação das entidades supramencionadas.

SRMTC, Funchal, Região Autónoma da Madeira, em 7 de novembro de 2024.

O JUIZ CONSELHEIRO

da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas

(PAULO H. PEREIRA GOUVEIA)

A ASSESSORA

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR

(Alberto Miguel Faria Pestana)

⁹³ Segundo o n.º 3 do artigo 2.º deste diploma, o valor de referência corresponde ao índice 100 da escala indiciária do regime geral da função pública, o qual, desde 2009, está fixado em 343,28€.

ANEXO

Alegações produzidas em sede de contraditório

AO D. A.T.
12/9/2024
1.ª UAT
A UAT 1
24/09/2024

Exmo. Senhor Doutor Juiz Conselheiro da

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas

TRIBUNAL DE CONTAS - SRMTC

E 2160/2024
2024/9/12



V. Ref.: Proc. 1/24-RFS

Assunto: Relato da Auditoria de Apuramento de Responsabilidades Financeiras
indiciadas no exercício da fiscalização prévia no âmbito do contrato de empreitada
para a "Reparação De pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais no
Concelho de São Vicente - 2022" - Princípio do contraditório / Audição Prévia.

José António Gonçalves Garcês, Presidente da Câmara Municipal de São Vicente;
Fernando Simão de Góis, Vice-Presidente e Vereador da Câmara Municipal de São
Vicente; Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santos; Joana Rita Caldeira Martinho dos
Santos e César Gregório Nóbrega Pereira, Vereadores da Câmara Municipal de São
Vicente, e Ana Cláudia Santos Mendez, Técnica Superior afeta à Divisão Jurídica e de
Urbanismo, tendo sido notificados do duto Relato da Auditoria de Apuramento de
Responsabilidades Financeiras indiciadas no exercício da fiscalização prévia no âmbito
do contrato de empreitada para a "Reparação De pavimentos betuminosos em vários
arruamentos municipais no Concelho de São Vicente - 2022", vêm, ao abrigo do princípio
do contraditório, exercer o seu direito de audição, nos termos e com os seguintes
fundamentos:

I) Considerações prévias

1. O presente processo, atenta a contradição das decisões proferidas pelo TC e os Tribunais Administrativos, deve impor uma reflexão e intervenção dos agentes que lidam com estas temáticas no sentido de despertar no legislador a vontade

de efetuar alterações legislativas que obstem ao surgimento de processos que nunca deveriam ver a luz do dia.

2. Com efeito e sem prejuízo do que se explanará infra a respeito da alegada imputação da infração da prática de ilegalidades em sede da contratação pública e da refutação da verificação dos pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória, não se consegue perceber como é concebível que agentes que gerem a causa pública possam vir a ser sancionadas por atos que um Tribunal Administrativo de 2.ª instância considerou não configurarem a prática de qualquer ilegalidade.
3. Na verdade, a pendência de ações de contencioso pré contratual para a apreciação da legalidade das peças do procedimento e atos administrativos nele produzidos, deveria determinar a suspensão de qualquer processo de concessão de visto para evitar decisões (ainda que com finalidades distintas, mas proferidos com base nas mesmas normas jurídicas) contraditórias.
4. Por outro lado, e considerando que tal conclusão nem postula a criação de qualquer norma legal por já ter solução nos próprios pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória, a prolação de uma decisão do Tribunal Administrativo de 2.ª instância, contendo um juízo de legalidade sobre determinados atos ou cláusulas ou regulamento diverso do Tribunal de 1.ª Instância, que acabou por permanecer na ordem jurídica, deveria de determinar, sem mais, a extinção e o arquivamento de quaisquer processos para apuramento e efetivação de responsabilidade financeira, quanto às questões que foram apreciadas e decididas pela jurisdição administrativa.

II) Da legalidade dos requisitos mínimos de capacidade financeira constantes das alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª e da cláusula 33.ª do Programa do Procedimento



5. A posição da Câmara Municipal, de cuja Vereação os aqui visados fazem parte, a respeito da legalidade dos mencionados requisitos de capacidade financeira e sobre o preenchimento dos requisitos de capacidade financeira por agrupamentos, constam das seguintes peças, apresentadas na ação administrativa que correu termos sob o processo n.º 63/22.8BEFUN no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, que aqui se identificam e reproduzem para fazer parte integrante da presente pronúncia para todos os efeitos legais:

➤ **Contestação (Vide doc. 1):**

"O Município de São Vicente, R. nos presentes autos, vem apresentar a sua CONTESTAÇÃO, com base nos seguintes fundamentos:

A) Do objeto do processo

1. As AA. vieram impugnar os peças do procedimento, mais concretamente as cláusulas 13.ª e 14.ª do Programa do Procedimento, o ato de exclusão da sua candidatura e os atos eventualmente praticados, designadamente o contrato.
2. Em cumulação, pretendem a condenação do R. na prática dos atos que consideram devidos, nomeadamente na alteração dos requisitos de capacidade técnica e financeira exigidos pelo PP e a abertura de novo procedimento.
3. O R., ao abrigo do disposto nos n.ºs 3 e 4 do art. 8 do CPTA, comunica que, na sequência da conclusão da fase de apresentação das candidaturas e da qualificação dos candidatos, foi efetuado o convite para a apresentação de proposta à contrainteresado Afavias, tendo o mesmo apresentado proposta.
4. Mais comunica que ainda não foi praticado o ato de adjudicação, nem celebrada o contrato de empreitada.

5. *Em virtude deste Venerando Tribunal Administrativo ter julgado improcedente o incidente para a adoção de medidas provisórias, o R. na qualidade de entidade adjudicante, informa que irá prosseguir com a prática de todos os atos administrativos necessários com vista à celebração do contrato de empreitada, pelas razões infra indicadas, os quais serão oportunamente comunicados nestes autos.*

B) Questões prévias

B-1) Da natureza e das atribuições do R.

6. *O R. é uma autarquia local da Região Autónoma da Madeira que tem por atribuições a promoção e salvaguarda dos interesses próprios da respetiva população, possuindo competências de planeamento, investimento e gestão.*
7. *Mais concretamente, o R. dispõe, designadamente, de atribuições nas seguintes domínios: transportes e comunicações; património, cultura e ciência.*
8. *Através do seu órgão representativo Câmara Municipal, o R. dispõe, em especial, de competências para a promoção do desenvolvimento; criar, construir e gerir instalações, equipamentos, serviços, redes de circulação, de transportes, de energia, de distribuição de bens e recursos físicos integrados no património do município ou colocados, por lei, sob administração municipal; executar as obras, por administração direta ou empreitada; administrar o domínio público municipal, tudo nos termos previstos na Regime Jurídico das Autarquias Locais, das Entidades Intermunicipais e do Associativismo Autárquico, aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.*

B-2) Do interesse público subjacente à empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente

9. *A reparação do pavimento betuminoso dos diversos caminhos/estradas/ruas que integram o objeto do procedimento pré-contratual de empreitada sub judice é fundamental para repor a respetiva funcionalidade em boas condições*



circulação e em especial para a segurança e proteção da saúde de pessoas e bens.

10. Razão pelo qual na decisão de contratar, datado de 10.02.2022, consignada na Ata n.º 3, da Câmara Municipal de São Vicente foi fundamenta a respetiva necessidade nos seguintes termos:

"Tendo em vista a concretização da política de desenvolvimento de ações que visam benfeitorizar as vias de comunicação do Município de São Vicente, designadamente no que concerne ao melhoramento das acessibilidades, tanto para os transeuntes, bem como para toda a circulação automóvel, torna-se necessário proceder à reparação de vários arruamentos no concelho de São Vicente, com vista a permitir a reposição das condições de segurança e de boa circulação." "Vide doc. 1, que se encontra junto com a Resposta ao Incidente para Adoção de Medidas Provisórias)

11. Ou seja, está em causa uma empreitada essencial para a vida e bem-estar quotidiano dos munícipes e da população em geral, incluindo visitantes e turistas, que visa efetivar uma intervenção absolutamente necessária num relevante conjunto de vias de circulação que integram a rede viária do Município de São Vicente, com vista a repor as condições de segurança e boa circulação.

- C) **Exposição das razões de facto e de direito porque a R. se opõe à pretensão da A.**

C-1) Razões de facto

12. A R., na qualidade de entidade adjudicante, dentro da discricionariedade que legalmente lhe assiste no que respeita à escolha do tipo de procedimento pré-contratual, publicitou, efetivamente, na II série do Diário da República n.º 31, um anúncio público (AP) referente ao procedimento pré-contratual denominado "CLPQ_CMSV/2022_ Empreitada para Reparação de Pavimentos Betuminosos em Várias Arruamentos Municipais do Concelho de São Vicente – 2022, conforme decorre dos documentos n.ºs 1, 2 e 3 juntos com a douda P.I e do processo administrativo.

13. As peças do procedimento consistem na AP, na PP, no Convite e na CE, a qual é composto por:

- (i) Cláusulas Gerais;
- (ii) Cláusulas Técnicas;
- (iii) Projeto de Execução.

14. O objeto do procedimento consiste na empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários caminhos, estradas e ruas que integram a rede viária do Município de São Vicente, mais concretamente:

- (i) Estrada da Serra d'Água – Fajã do Penedo, Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;
- (ii) Caminho dos Currais – Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;
- (iii) Caminho da Fira - Lameiros – Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (iv) Caminho do Ribeirinho – Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;
- (v) Estrada dos Lameiros – Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (vi) Estrada Municipal Padre José Teixeira Marques – Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (vii) Estrada das Lombedas – Freguesia da Ponta Delgada, Concelho de São Vicente;
- (viii) Caminho da Ribeira Grande, Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (ix) Rua Dr. Horácio Bento Gouveia, Freguesia da Ponta Delgada, Concelho de São Vicente;
- (x) Pavimentações diversas no concelho. (Vide cláusula 1.ª do CE).

15. Em conformidade com a Lista de Quantidades original, antes da respetiva retificação na sequência da revisão do projeto de execução, a quantidade de total de m2 da empreitada era de cerca de 70.000 m2 (Vide doc. 2, que se encontra junto com a Resposta ao Incidente para Adoção de Medidas Provisórias).

16. A não adjudicação por lotes encontra-se, nos termos e para os efeitos previstos no n.º 2 do art. 46.º do CCP, devidamente fundamentada na decisão de contratar nas seguintes termos:



"A-2. Adjudicação por Lotes

A adjudicação não será efetuado por lotes.

Fundamentação:

A não adjudicação por lotes é efetuada ao abrigo do disposto da parte final das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP, mais concretamente, do facto de a separação da reparação dos vários arruamentos causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante, designadamente decorrentes do aumento de custos, bem como por a gestão de um só contrato se revelar mais eficiente para efeitos de controlo de boa execução dos trabalhos, bem como para a fiscalização da empreitada." (Vide doc.1).

17. O preço base fixado da empreitada foi de 2.750.312,34€ (dois milhões, setecentos e cinquenta mil, trezentos e doze euros e trinta e quatro centimos) - Vide n.º 1 da Cláusula 36 do CE – Cláusulas Gerais, doc. 1 junto com a douda P.I e constante do processo administrativo.

18. O critério de adjudicação, fixado na n.º 1 da Cláusula 21.º do PP, foi o seguinte:

"(...) corresponde ao da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, na modalidade de **monofator**, a qual corresponde ao preço ou custo enquanto única aspeto da execução do contrato a celebrar, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP."

19. Os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, encontram-se fixados nas cláusulas 13.º e 14.º do PP (Doc. 2, junto com a douda P.I constante do processo administrativo), nos seguintes termos:

"Cláusula 13.º

Requisitos Mínimos de Capacidade Técnica dos Candidatos

I. Os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos são os seguintes:



a) *Referentes ao exercício da atividade de construção de obras públicas:* Possuir e deter alvará ou certificado emitido pelo IMPIC, I.P., nos termos da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar (mais concretamente ser titular de alvará contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da empreitada), nomeadamente:

- 1ª subcategoria da 2ª categoria, Classe 6;
- 11ª subcategoria da 2ª categoria, Classe 6;

b) *Referentes à experiência curricular do candidato:* Ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos últimos 3 anos até à data da publicação do anúncio do presente concurso no Diário da República, que cumpram cumulativamente as seguintes características:

- O valor contratual de cada uma das 2 empreitadas, deverá ser igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros);
- Cada uma das 2 empreitadas deverá ter prevista a execução de pelo menos 70.000 m² (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa.

c) *Referentes à equipa técnica:* O candidato tem de apresentar na sua candidatura uma equipa técnica que cumpra os requisitos a seguir indicados:

- (i) Um Engenheiro Civil, ou Engenheiro Técnico Civil com inscrição em vigor na Ordem dos Engenheiros, ou na Ordem dos Engenheiros Técnicos, e no mínimo com 15 anos de experiência profissional em direção de obras, até à data de publicação do anúncio no Diário da República, cujo currículo evidencie, no mínimo, nos últimos 3 anos, a direção de 2 empreitadas de obras públicas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, devendo cada uma das 2 empreitadas (concluídas ou em execução) ser de valor contratual igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros) e preverem ambas a execução de pelo menos 70.000 m² (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa, a afetar à função de Diretor de Obra.



(ii) Um Técnico Superior de Segurança, no mínimo com 7 anos de experiência profissional efetiva, como Técnico de Segurança e/ou Técnico Superior de Segurança, até à data de publicação do anúncio no Diário da República, cujo currículo evidencie, no mínimo, nos últimos 3 anos, o exercício da função de Técnico Superior de Segurança, em 2 empreitadas de obras públicas (concluídas ou em execução) de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, devendo cada uma das 2 empreitadas ser de valor contratual igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros) e preverem ambas a execução de pelo menos 70.000 m² (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa, a afetar à função de Técnico Superior de Segurança em Obra;

(iii) Um Encarregado Geral com formação profissional na área de técnico de obra/conductor de obra, e no mínimo com 15 anos de experiência profissional efetiva, como Encarregado ou Encarregado Geral, até à data de publicação do anúncio no Diário da República, cujo currículo evidencie, no mínimo, nos últimos 3 anos, o exercício da função de Encarregado Geral, em 2 empreitadas de obras públicas (concluídas ou em execução) de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, devendo cada uma das 2 empreitadas ser de valor contratual igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), e preverem ambas a execução de pelo menos 70.000m² (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa, a afetar à função de Encarregado Geral.

d) **Referentes às certificações:** O candidato tem de apresentar na sua candidatura as seguintes certificações:

- (i) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Qualidade, segundo a norma NP EN ISO 9001:2015;
- (ii) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão Ambiental, segundo a norma NP EN ISO 14001:2015;
- (iii) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Segurança e Saúde do Trabalho, segundo a norma ISO 45001:2018;
- (iv) Garantir que os inertes e misturas betuminosas a aplicar na empreitada serão produzidas em centrais de produção certificadas por entidades acreditadas.

em conformidade com as respetivas normas europeias harmonizadas, através dos documentos exigidos no ponto iv) da alínea d) da cláusula 15.ª.

2. *O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica será aferido pelos documentos exigidos na Cláusula 15.ª.*

Cláusula 14.ª

Requisitos Mínimos de Capacidade Financeira dos Candidatos

1. *Apenas são admitidos os candidatos que cumpram cumulativamente os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira. No caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira:*
 - a) *Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020;*
 - b) *Um volume de negócios médio (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€; conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*
 - c) *Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%; conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*
 - d) *Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;*
 - e) *Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020.*
2. *O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15.ª.*
3. *Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira*

supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP). "

20. O Júri do procedimento prestou os esclarecimentos solicitados pelas AA. e pela Contrainteressada RIM no dia 18.02.2022 e procedeu a um retificação oficial da Cláusula 33.ª do PP (Doc. 6, junto como douda P.I), a qual passou a ter a seguinte redação:

"No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª quando todos os membros os preencham individualmente".

21. A retificação decorre de um mero lapso de redação/transição desta última Cláusula, por ser óbvio que no n.º 1 da Cláusula 14.ª do PP já se encontrava estipulado o seguinte:

"1. Apenas são admitidos os candidatos que cumpram cumulativamente os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira. No caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira: (...)."

22. Os documentos destinados à qualificação foram exigidos na Cláusula 15.ª do PP do seguinte modo:

"Cláusula 15.ª

Documentos Destinados à Qualificação dos Candidatos

1. A candidatura é constituída pelos documentos destinados à qualificação exigidos nos números seguintes e pelo Anexo V-M, a que se refere o n.º 1 do artigo 168.º do CCP, conforme modelo exigido pelo Anexo 8 ao presente PP.

2. Nos termos do número anterior, os candidatos deverão apresentar os seguintes documentos para a verificação do cumprimento dos **requisitos mínimos capacidade técnica**:

a) Referente ao exercício da atividade de construção:

Alvará ou certificado de empreiteiro de obras públicas emitido pelo IMPIC, L.P.

O adjudicatário pode, para efeitos de comprovação das habilitações, socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas a subcontratar, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometem, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.

No caso de adjudicatário ou subcontratado nacional de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio, que não seja titular de alvará ou certificados suprarreferidos, devem cumprir com disposto no n.º 4 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, conjugado com o artigo 22.º da Lei n.º 41/2015 de 3 de junho, ou seja, apresentar, em substituição daqueles documentos, uma declaração emitida pelo IMPIC, L.P. comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a celebrar por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou certificado de obras públicas, contendo as habilitações exigidas na alínea h) da cláusula 6.º.

b) Referente à experiência curricular do candidato:

Declarações abonatórias, comprovativas de ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos termos exigidos na alínea b) do n.º 1 da cláusula 13.º, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade com o Anexo 9.

c) Referente à equipa técnica do candidato:

O candidato deverá apresentar lista nominativa da equipa técnica a afetar à obra, em conformidade com o Anexo 10 do presente PP, a qual deve incluir em anexo: uma (i) declaração emitida e assinada por cada um dos elementos indicados para a composição da equipa técnica, em conformidade com o Anexo 11 do presente PP, bem como os respetivos (ii) currículos vitae, contendo, consoante for o caso, em anexo os certificados

de habilitações, documentos comprovativos das inscrições nas respectivas ordens, CAP e certificados de formação profissional, e ainda (iii) as declarações abonatórias, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade como Anexo 12 do presente PP.

d) *Referente às certificações do candidato:*

- i. *Cópia do certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Qualidade, segundo a norma NP EN ISO 9001:2015;*
 - ii. *Cópia do certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão Ambiental, segundo a norma NP EN ISO 14001:2015;*
 - iii. *Cópia do certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Segurança e Saúde do Trabalho, segundo a norma ISO 45001:2018;*
 - iv. *Cópia dos certificados da central de produção de inertes, argamassas, betões e misturas betuminosas a aplicar na obra que atestem que as respetivas produções cumprem com a norma NP EN 206-1:2007 (Emenda 1:2008; Emenda 2:2010) e EN 13108-1:2006 EN 131108-1:2006/AC:2008, respetivamente ou equivalente. Na eventualidade de o candidato não ser o respetivo titular, declaração do fabricante/titular dos certificados de que se compromete, incondicionalmente, a lhe fornecer os materiais em causa, acompanhada das cópias dos certificados.*
3. *Nos termos do número 1, os candidatos deverão, ainda, apresentar os seguintes documentos referentes ao cumprimento dos requisitos mínimos capacidade financeira:*
- a) *Declaração de acordo com o Anexo 6, na qual ateste o cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no n.º 1 da cláusula 14.ª do presente PP,*
 - b) *Declarações de Informação Empresarial Simplificada (IES), entregues e validadas pela Administração Fiscal, relativas aos anos de 2018, 2019 e 2020,*



caso o candidato tenha três exercícios de atividade ou relativos aos anos concluídos.

c) Caso se aplique, e para os efeitos previstos no ponto 3 da cláusula 14.ª, declaração bancária emitida de acordo com o modelo constante do Anexo 7 ao presente PP.

d) Tratando-se de uma entidade estabelecida fora do Território Nacional, o candidato deve indicar os valores a considerar para efeitos de comprovação dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, referente aos anos 2018, 2019 e 2020.

4. Certidão do Registo Comercial atualizada do candidato ou de cada um dos membros do agrupamento que o compõem, ou indicação dos respetivos códigos de acesso.

5. Quando o candidato recorra a terceiros para o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica, independentemente do vínculo que com eles estabeleça designadamente o de subcontratação, a respetiva candidatura deve ainda ser constituída por uma declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar.

6. A falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão da candidatura."

23. A qualificação dos candidatos assentou no modelo simples de qualificação previsto no artigo 179.º do CCP (Vide Cláusula 17.ª do PP).

24. O prazo fixado para a apresentação das candidaturas, ao abrigo do disposto no artigo 173.º do CCP, foi de 6 dias, a contar da data do envio do anúncio para publicação (Cláusula 18.ª do PP).

25. Prazo que, atenta a conveniência da entidade adjudicante e a natureza e normalidade/usualidade dos documentos que deveriam integrar as candidaturas, bem como a facilidade da respetiva apresentação, decorrente da pré-elaboração de modelos, que constituem anexos do PP, foi considerado

bastante suficiente e adequado, com respeito pelo prazo mínimo legalmente previsto.

26. As AA. e o Contrainteressado RIM solicitaram esclarecimentos na fase de qualificação, no sentido se colocarem em causa os requisitos mínimos de capacidade técnica e, em especial, financeira, fixados pelo R. nas cláusulas 13.ª e 14.ª da PP.

27. No dia 18.02.2022, foram prestados esclarecimentos, bem como foi efetuada a retificação oficiosa de um mero lapso constante da Cláusula 33.ª supra alegado, nos seguintes termos:

"Apreciação de Pedidos de Esclarecimento

1. Considerações Prévias

Os concorrentes RIM – Engenharia e Construções, S.A. e Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA, apresentaram, no prazo indicado para o efeito, pedidos de esclarecimento, nos termos do n.º 1 do artigo 50.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP).

O órgão competente para fazer retificações é o órgão competente para a decisão de contratar.

O órgão competente para prestar esclarecimentos é o júri do procedimento mas o órgão competente para a decisão de contratar decide avocar as competências para si por uma questão de economia processual.

2. Apreciação

2.1. Após análise dos esclarecimentos apresentados pelos candidatos RIM – Engenharia e Construções, S.A. e Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA, informamos que:

1. Dos esclarecimentos

2.2. Os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos identificados na alínea a) do n.º 1 da cláusula 13.ª são os que efetivamente nessa alínea constam.

2.3. Os requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos, identificados nas alíneas a), b), c), d), e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª são definidos de acordo com a conveniência e com o interesse da entidade adjudicante, pelo que são os que constam expressamente no programa do procedimento.



2.4. Mantém-se o disposto no ponto 1 da cláusula 14ª do Programa de Procedimento.

2.5. Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP)."

28. No dia 22/02/2022, o júri do concurso, ao abrigo do artigo n.º 177.º do CCP, procedeu à abertura e respetiva publicitação das candidaturas apresentadas, através da plataforma eletrónica utilizada pela Entidade Adjudicante.

29. Apresentaram candidatura 3 Candidatos, mais concretamente:

1. RIM - Engenharia e Construções, S.A. - 2022/02/21, 08:35:42;
2. AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A. – 2022/02/21, 15:04:59;
3. Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas S.A.; Farroba, Soc. De Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A. - 2022/02/21, 22:27:11.

30. O júri do procedimento procedeu à análise formal e material das candidaturas e elaborou o Relatório Preliminar da Fase de Qualificação, tendo proposto a qualificação do candidato AFAVIAS e a exclusão das candidaturas das AA e da Controinteressada RIM (Vide doc. 7 junto com a douda P.1 e constante do processo administrativo), nos seguintes moldes:

31. O júri, após a análise formal e substancial das candidaturas de per si, concluiu o seguinte.

"

2.6.1 Candidato n.º 1: RIM - Engenharia e Construções, SA.

(i) Tempestividade:

A candidatura foi tempestivamente apresentada, ou seja, no dia 2022/02/21, 08:35:42.

(ii) Documentos da candidatura.

O candidato em causa não apresentou todos os documentos exigidos pela cláusula 15.ª do PP, mais concretamente os documentos exigidos pela alínea b) do n.º 2, e pelos pontos (i), (ii) e (iii) da alínea c) do n.º 2 da respetiva cláusula 15.ª.

O júri constata que o candidato em causa não preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica exigidos, referentes à experiência curricular do candidato e à equipa técnica, respetivamente, previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP.

Com efeito, o candidato não demonstrou ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos últimos 3 anos até à data da publicação do anúncio do presente concurso no Diário da República, que cumpram cumulativamente com as características de que o valor contratual de cada uma das 2 empreitadas, deverá ser igual ou superior a 2.750.000,00 € (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros) e cada uma das 2 empreitadas deverá ter prevista a execução de pelo menos 70.000 m2 (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa, na medida em que juntou uma única declaração abonatória a demonstrar que está a realizar apenas uma empreitada, denominada "Conservação Corrente por Contrato – Rede Viária Regional – 2021/2024", cujo valor total dos trabalhos da empreitada é de € 10.550.000,00, sendo a quantidade de trabalhos de pavimentação com misturas betuminosas previstos executar de 75.000 m2.

Por conseguinte, o requisito de capacidade técnica referente à equipa técnica não resulta totalmente preenchido no que respeita aos seguintes elementos: Engenheiro Sénior, Técnico Superior de Higiene e Segurança e o Encarregado Geral, visto que a única declaração abonatória emitida pela entidade contratante (dono de obra) e entregue pelo candidato não demonstra na totalidade o cumprimento do disposto nos pontos (i), (ii) e (iii) da alínea c) do ponto 1 da cláusula 13.ª em virtude de estar em causa a realização de uma única empreitada.

O júri constatou que o currículo vitae do Diretor de Obra, Engenheiro Sénior Jorge Inácio Fernandes Caldeira, que integra a equipa técnica da RIM - Engenharia e Construções, SA., não contém em anexo o certificado de habilitações, conforme exigido pelo ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que o currículo vitae do elemento João Pereira Abreu, indicado como encarregado geral, que integra a equipa técnica da RIM - Engenharia e Construções, SA., não contém em anexo o certificado de formação profissional na área de técnico de obra/condutor de obra, conforme exigido pelo ponto (iii) da alínea c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP, conjugado com o ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que não foi entregue a declaração emitida e assinada por cada um dos elementos indicados para a composição da equipa técnica, em conformidade com o Anexo 11 do PP, conforme exigido pelo ponto (i) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

Conforme determinado no n.º 6 da cláusula 15.ª do PP, conjugado com a al. e) do n.º 2 do art. 184.º do CCP, a falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão.

O não preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, constitui motivo de exclusão da candidatura ao abrigo da alínea i) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, conjugado com o n.º 2 da cláusula 35.ª do PP.

O Júri constata que o candidato em causa não preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP.

Com efeito, o candidato não demonstrou ter cumprido com o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 - 24,47 %
2019 - 26,45 %
2020 - 38,66 %
Média - 29,86 %

O candidato não demonstrou ter cumprido com o requisito da liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4.0, visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 - 1,65
2019 - 1,50
2020 - 1,53
Média - 1,56

O candidato não demonstrou ter cumprido com o requisito da solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020 visto ter indicado 63,04 %.

O não preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira, constitui motivo de exclusão da candidatura ao abrigo da alínea f) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, conjugado com o n.º 2 da cláusula 35.º do PP.

2.6.2 Candidato n.º 2: AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A

(i) Tempestividade:

A candidatura foi tempestivamente apresentada, ou seja, no dia 2022/02/21, 15:04:59.

(ii) Documentos da candidatura:

O candidato em causa apresenta todos os documentos exigidos pela cláusula 15ª do PP, em conformidade e sem quaisquer irregularidades.

**2.6.3 Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA;
Farrobo, Soc. de Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de
Empreitadas, S.A.**

(i) Tempestividade:

A candidatura foi tempestivamente apresentada, ou seja, no dia 2022/02/21, 22:27:11.

(ii) Documentos da candidatura:

Relativamente às declarações abonatórias previstas na alínea b) do n.º 2 da cláusula 15.º do PP, referente à experiência curricular do candidato, o júri constata que o candidato não apresentou duas declarações abonatórias emitidas pela entidade contratante mas sim uma única declaração abonatória a demonstrar que realizou uma empreitada, designada "Empreitada para as Obras de Beneficiação/Reforço do Pavimento, no sublanço Coimbra Norte (A1/A14)/Mealhada, da A1 – Auto-estrada do Norte", cujo valor total dos trabalhos da empreitada é de € 3.489.499,96 sendo que nessa declaração abonatória falta a indicação da quantidade de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada, conforme era obrigatório e solicitado na alínea b) do n.º 2 da cláusula 15.º. Pese embora, o candidato juntou uma declaração a mencionar que a quantidade de metros quadrados da execução de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada é de 297.000,00 m2.

O candidato juntou, também, um contrato de empreitada para as obras de beneficiação/reforço do pavimento, dos sublaços Elvas Poente/EN246/Elvas Central, da A6 – Auto-estrada Marateca / Cala a demonstrar que, conforme declaração também junta pelo candidato, está a executar a referida empreitada cujo valor total dos trabalhos da empreitada é de € 4.488.995,847, e a quantidade de metros quadrados de execução de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada é de 229.556,00 m2.

O candidato mencionou que as referidas declarações abonatórias encontram-se em fase de emissão podendo as mesmas serem disponibilizadas posteriormente em sede própria.

Pese embora o júri pudesse equacionar a viabilidade de um pedido de suprimento ao abrigo do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, é manifesto que o mesmo se revelaria inútil, visto que o candidato não cumpre com os requisitos mínimos de capacidade financeira, conforme *infra se menciona*, pelo que fica prejudicada a apreciação da questão do cumprimento das formalidades respeitantes à comprovação dos requisitos da capacidade técnica do candidato e da equipa técnica em virtude de ter sido junto apenas uma única declaração abonatória e um contrato de uma obra em execução, bem como da questão da viabilidade de um eventual pedido de suprimento da candidatura.

O candidato não apresentou o documento exigido pelo n.º 6 da cláusula 11.ª do PP.

Com efeito, foram apresentados documentos para comprovar os requisitos de capacidade técnica referentes a três operadores económicos, pelo que o júri presume que possa estar em causa se constituírem em consórcio. No entanto, não foi entregue o documento exigido pelo n.º 6 da cláusula 11.ª do PP. Nesta sede podia ser equacionada a viabilidade de um pedido de suprimento ao abrigo do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, mas a análise a esta questão fica prejudicada por ser manifesto a falta de preenchimento dos requisitos financeiros conforme *infra se menciona*.

O júri constatou que o currículo vitae do Diretor de Obra - Engenheiro Técnico Civil Nuno Filipe da Silva Carapuça que integra a equipa técnica da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. de Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A., não contém em anexo o certificado de habilitações nem o documento comprovativo da inscrição na respetiva ordem, conforme exigido pelo ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que o currículo vitae do Técnico Superior de Segurança João Tiago Moura Sequeira que integra a equipa técnica da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. de Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A., não contém em



anexo o certificado de técnico de segurança e/ou técnico superior de segurança, conforme exigido pelo ponto (ii) da alínea c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP, conjugado com o ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que o currículo vitae do Encarregado Geral Mário Jorge Ribeiro Alves que integra a equipa técnica da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA: Farrobo, Soc. de Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A., não contém em anexo o certificado de formação profissional na área de técnico de obra/condutor de obra, conforme exigido pelo ponto (iii) da alínea c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP, conjugado com o ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

Conforme determinado no n.º 6 da cláusula 15.ª do PP, conjugado com a al. e) do n.º 2 do art. 184.º do CCP, a falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão.

O Júri constata que o candidato em causa não preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP.

Com efeito, todos os membros não demonstram ter cumprido individualmente com o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, visto que a Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 – 52,92%
2019 – 61,26%
2020 – 54,02%
Média – 56,07%

A Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 – 14,48%
2019 – 6,16%
2020 – 5,47%
Média – 8,70%

A Farrobo – Sociedade de Construções, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 – 70,10%
2019 – 69,78%
2020 – 67,18%

Média ~ 69.02%

Todos os membros não demonstram ter cumprido individualmente com o requisito da liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0, visto que a Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 – 2,04

2019 – 2,44

2020 – 1,79

Média – 2,09

A Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 – 1,85

2019 – 1,13

2020 – 1,02

Média – 1,33

A Farrobo – Sociedade de Construções, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 – 2,75

2019 – 2,68

2020 – 3,28

Média – 2,90

Todos os membros não demonstraram ter cumprido individualmente com o requisito da solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020 visto visto que a Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A. indicou 117,49%, a Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A. indicou 5,79%, e a Farrobo – Sociedade de Construções, S.A. indicou 204,71%.

O não preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira, constitui motivo de exclusão da candidatura ao abrigo da alínea I) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, conjugado com o n.º 2 da cláusula 35.ª do PP.

3. Do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira

Requisitos mínimos de capacidade técnica e capacidade financeira:



3.1. Após análise das candidaturas e dos documentos que as constituem, o Juri conclui, nos termos e com os fundamentos constantes nos pontos 2.6.1, 2.6.2. e 2.6.3. respetivamente, que apenas preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira o candidato AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.

4. Da qualificação de candidatos

O Juri do procedimento, após a análise das respetivas candidaturas propõe, por constatar que preenche todos os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, bem como por considerar que apresentou todos os documentos exigidos em conformidade com o PP e demais normas legais aplicáveis, a qualificação do seguinte candidato:

(i) **Candidato n.º 2:** AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A;

5. Da exclusão de candidatos

O Juri, após a análise das respetivas candidaturas, propõe a exclusão dos seguintes candidatos:

a) Candidato n.º 1: RIM - Engenharia e Construções, SA, nos termos e com os fundamentos constantes do ponto 2.6.1. do presente relatório.

b) Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. de Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A., nos termos e com os fundamentos constantes do ponto 2.6.3 do presente relatório.

6. Conclusão

Pelo exposto, o Juri propõe, por unanimidade ao órgão competente para a decisão de contratar, o seguinte:

- a) A qualificação do candidato melhor identificado no ponto 4 supra.
- b) Nos termos do artigo 185.º do CCP e da Cláusula 36.ª do PP, deve o presente relatório ser enviado a todos os candidatos para, querendo, se pronunciarem, no prazo de 5 dias úteis, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia."

32. O Júri notificou, no dia 02.03.2022, todos os candidatos do RP da Fase de Qualificação, ao abrigo do artigo 185.º do CCP, para exercerem o direito de audiência prévia (*Vide doc. 3, que se encontra junto com a Resposta ao Incidente para Adoção de Medidas Provisórias*).

33. As AA. apresentaram pronúncia ao abrigo do direito de audiência prévia, nos termos vertidos no doc. 8, junto com a d.ª P.I.

34. O júri procedeu à elaboração do Relatório Final da Fase de Qualificação, junto sob o doc. 9 com a d.ª P.I., tendo ponderado as observações constantes da pronúncia apresentada pelas AA do seguinte modo:

“2.4. Os requisitos mínimos de capacidade financeira estipulados na cláusula 14.ª do Programa do Procedimento foram os requisitos que o Município de São Vicente considerou como adequados, proporcionais e justos visando uma seleção de concorrentes capazes de mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o bom e integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar, conforme estipulada no n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação;

Se não vejamos,

2.5. A crise económica e financeira que conduziu ao PAEF afetou especialmente o sector da construção civil, tendo deixado um rasto de insolvências de empresas de construção civil, algumas das quais consideradas grandes e médias empresas;

2.6. Atualmente, vivemos uma época de instabilidade e insegurança, causados pelos efeitos económicos e financeiros da pandemia, cujo impacto nos preços dos materiais pode provocar problemas de cumprimento às empresas em situação de vulnerabilidade;

2.7. Foram por estas razões que a Câmara Municipal de São Vicente ao fixar os requisitos mínimos de capacidade financeira constantes do Programa do Procedimento procurou unicamente garantir a boa e regular execução do contrato, principalmente face à sua dimensão que se repercute por todo o Concelho de São Vicente, com grandes reflexos na vida do dia-a-dia dos munícipes por os riscos de incumprimentos ser suscetível de causar graves inconvenientes e prejuízos na circulação de pessoas e bens;

2.8. A Câmara Municipal de São Vicente quis assegurar com um grau de certeza e razoabilidade que seleccionaria um candidato com aptidão e idoneidade para executar a obra em questão, pelo que procurou garantir que não seria confrontada com uma empresa a contrator sem capacidade (financeira e técnica) e que pudesse apresentar um cenário de dificuldades financeiras, com riscos de se repercutir na boa execução do contrato, gerando, com isso, consequências gravosas e transtornos para a entidade adjudicante Câmara Municipal de São Vicente;

2.9. Além de que num cenário de incumprimento de contrato por falta de capacidade financeira, todo o concelho de São Vicente seria também afetado uma vez que as intervenções desta empreitada são executadas em vários arruamentos do Concelho pelo que, nessa hipótese, provocaria relevantes adversidades, contrariedades e prejuízos no âmbito da população e circulação concehial provocada pelas obras suspensas/paradas;

2.10. Relativamente aos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no Programa do Procedimento, foi exigido um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020, o que se considera completamente normal;

2.11. Foi exigido um volume de negócios médio (média aritmética), referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00 €, o que não excede o dobro do valor do contrato, em observância do disposto no n.º 3 do art. 165.º do CCP;

2.12. Relativamente à autonomia financeira média (média aritmética) exigida, referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, não é excessiva e é aquela que a Câmara Municipal de São Vicente considerou oferecer garantias de estabilidade, tendo em conta o colapso e o rasto de insolvências no sector da construção civil nos últimos anos, bem como por ser especialmente necessário, atento a natureza e objeto da empreitada, evitar riscos de incumprimentos suscetíveis de causar graves transtornos à normal e regular circulação de pessoas e bens;

2.13. A liquidez geral média (média aritmética) exigido referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 não é desproporcional e a exigência de solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200 % à data de 31 de dezembro de 2020 também não é excessivo atentos os fins de interesse público que urge salvaguarda com a boa execução da empreitada;



2.14. Relativamente aos requisitos mínimos da capacidade técnica, a quantidade de execução de metros quadrados de camada de desgaste betuminosa exigida no Programa do Procedimento para cada uma das empreitadas é de 70.000 m², não é desproporional à quantidade de metros quadrados exigida no presente projeto de execução que é de 67.572,96 m² (opurada na sequência da revisão do projeto),

2.15. A exigência de ter realizado ou estar a realizar duas empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos nos últimos 3 anos é razoável e o valor de cada empreitada ficou aquém do valor da presente empreitada;

2.16. Relativamente à equipa técnica, em concreto do Engenheiro Civil ou Engenheiro Técnico Civil, a experiência profissional não é desproporcionada nem quanto à antiguidade, nem quanto à direção de duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), que fica abaixo do preço contratual, e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional, pelas razões supra mencionadas;

2.17. Relativamente ao Técnico Superior de Segurança, a experiência profissional também não é desproporcionada, nem quanto à antiguidade, nem quanto ao exercício da função de Técnico Superior de Segurança em duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), que fica abaixo do preço contratual, e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional;

2.18. O mesmo para o Encarregado Geral, a experiência profissional não é desproporcionada nem quanto à antiguidade, nem quanto ao exercício como Encarregado Geral de duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), que fica abaixo do preço contratual, e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional;

2.19. Como refere a Doutrina perfilhada por Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018:

[Handwritten signatures and initials in blue and purple ink]

"Como decorre da indicação da lei, os requisitos da capacidade técnica têm a ver com a experiência do candidato na execução de prestações análogas às que vai executar em caso de adjudicação ou na demonstração de que possui os recursos necessários para assegurar uma correta execução do contrato";

2.20. Por sua vez, relativamente à capacidade financeira, refere o Autor citado no n.º anterior que:

"Por sua vez, os requisitos de capacidade financeira são impostos com o propósito de assegurar que os candidatos disponham da capacidade económica e financeira para enfrentar os custos que vão ter de suportar com a execução do contrato. Neste caso, a lei abstém-se de enunciar, de forma explícita, um critério de orientação de que as entidades adjudicantes se possam servir no processo de definição de requisitos mínimos (...);"

2.21. Refere ainda Pedro Costa Gonçalves, conforme bibliografia citada, que:

"O poder, conferido às entidades adjudicantes, de formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a reconhecer-lhes o poder de definição de condições administrativas de acesso dos operadores económicos ao mercado. (...) Trata-se, além disso, de condições administrativas de carácter assumidamente restritivo por relação às condições legais de exercício da atividade a que o contrato se reporta: na verdade, as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a excluir do mercado (do "mercado específico") um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionamento administrativo ad hoc, determinado, caso a caso, por cada entidade adjudicante";

2.22. Além de que é pacificamente aceite caber à Administração "(...) a definição dos termos do concurso e a fixação dos critérios que o enformarão por essa tarefa constituir uma competência sua, reservada, inserido na "margem de livre apreciação" ou das "prerrogativas de avaliação" de que dispõe atendendo à liberdade de que a Administração dispõe para esse efeito por lhe ter sido concedida para melhor defender o interesse público" além de que "o que, de resto, se ojeioa com uma verdade que, também, não sofre contestação: a de que o poder discricionário, por ser um poder fundado na lei, só pode ser exercido dentro dos limites por ela traçados", e a Autorquia ao fixar os requisitos de capacidade financeira agiu no "âmbito da discricionariedade e da margem de livre decisão que detinha, dispondo de "uma liberdade de preenchimento



vulgarativo do conceito indeterminado, pautado pelos critérios fornecidos pela legalidade material ou mais extensamente pelo bloco de legalidade”, vide Acórdão da Supremo Tribunal Administrativo, processo 0571/16, datado de 08.09.2016, consultável in <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/b2a9f8c4fa2de3008025802f00399d0e?OpenDocument&ExpandSection=1>;

2.23. A propósito, é sabido que no âmbito do bloco da legalidade o n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação, dispõe 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”, requisito que foi cumprido cabalmente pela Autorquia no Programa do Procedimento;

2.24. Conforme a doutrina perfilhada por Ana Gouveia Martins, in Estudos da Contratação Pública I, pág. 260 “ (...) 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”, conforme se lê na parte final do n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação, sendo que os requisitos mínimos de capacidade financeira a que se refere o n.º 4 do artigo 164.º não podem exceder o dobro do valor do contrato;

2.25. Além de que a jurisprudência comunitária concede uma “(...) margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinados a assegurar o cabal cumprimento do contrato”, vide Acórdão do TJ de 15.01.1986, relativo ao Processo C-27-29/86 – CEI e Bellini, in Coletâneo da jurisprudência, 1987, pág. 03347;

2.26. Assim, a exigência dos requisitos mínimos financeiros visa garantir a solvabilidade, a qualidade e a fiabilidade do concorrente para satisfazer a execução da empreitada que lhe possa ser adjudicada;

2.27. Os requisitos mínimos de capacidade técnica são adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, uma vez que a empreitada ao se repercutir por diversas zonas do Concelho naturalmente que será melhor prestada por quem tenha um



elevado nível de experiência em empreitadas que assumem natureza de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nas suas diferentes formas e composições, onde aliás, e como já se disse, o valor estipulado para cada empreitada no Programa do Procedimento referente aos requisitos mínimos de capacidade técnica é igual ou superior a € 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), ou seja, de valor inferior ao limiar do valor desta empreitada;

2.28. Depois, porque se compreende que a Câmara Municipal de São Vicente quisesse assegurar que só pudesse concorrer quem tivesse a capacidade necessária, em termos de recursos humanos e financeiros, que lhe garantisse o correto cumprimento do objeto do contrato, e parece-nos clara que essa garantia podia ser melhor prestada por operadores económicos que desenvolvam atividade no mercado com os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira estipulados no Programa do Procedimento;

2.29. Face ao exposto, não há aqui qualquer violação aos princípios da igualdade, proporcionalidade, e da concorrência dado não haver nenhumo infundada nem injustificada referência relativa aos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica estabelecidos, sendo que, aliás, os respetivos requisitos são deveras relevantes face a natureza da prestação pela sua dimensão a nível geral do Concelho;

2.30. Trata-se, pois de uma área onde, dentro do uso de poderes discricionários a entidade adjudicante goza de uma autonomia na fixação de requisitos que a mesma considera convenientes para salvaguardar o interesse público que subjaz às garantias da boa execução do contrato;

2.31. Na Ac. do TCAS, de 10.03.2016, Proc. n.º 12539/15, consultável in www.dgsi.pt, sumariou-se que:

"ii) Os tribunais administrativos não se podem substituir aos particulares na formulação de valorações que pertencem à respectiva autonomia privada, como também não se podem substituir às entidades públicas na formulação de valorações que, por já não terem carácter jurídico, mas envolverem a realização de juízos sobre a conveniência e oportunidade da sua actuação, se inscrevem no âmbito próprio da discricionariedade administrativa.



iii) É à Administração que cabe, no âmbito da discricionariedade que detém e no da margem de livre decisão, a definição do interesse público a prosseguir.

iv) Encontra acolhimento na alínea a), do n.º 1, do artigo 165.º do CCP, que prevê precisamente a “experiência curricular dos candidatos”, o requisito mínimo de capacidade técnica que exige experiência prévia em fornecimentos semelhantes ao objecto do presente acordo quadro, com um determinado valor consoante o lote a que se candidatem.”;

2.32. Face ao exposto, as fixações dos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica patentes do Programa do Procedimento não são desproporcionais, nem violam o princípio da concorrência, nem tão pouco são desadequados face ao objeto e finalidades do objeto da empreitada e, portanto, não são uma restrição violadora dos princípios gerais que enformam a atividade administrativa, máxime, como já referido os da concorrência, da proporcionalidade e igualdade;

2.33. Por outro, lado, estando em causa a adoção do modelo simples de qualificação, é hoje inteiramente possível aos candidatos, quando não logram preencher os requisitos de capacidade financeira que a entidade adjudicante considerou convenientes fixar, equivaler o respetivo preenchimento através da apresentação de uma declaração bancária, conforme modelo constante do anexo VI ao CCP, nos termos e para os efeitos previstos na al. a) do n.º 2 do seu art. 179.º;

2.34. O que significa que, atualmente, a lei confere aos candidatos uma forma alternativa de oferecer o cumprimento das garantias financeiros pretendidos, através da apresentação da mencionada declaração bancária, sendo contraproducente alegar a impossibilidade da sua obtenção, por ser na medida em que, se as instituições bancárias recusarem a sua emissão não seria admissível nem faria sentido exigir à Administração Pública que aceitasse um candidato que se encontrasse nessas circunstâncias;

2.35. Concluindo, a fixação dos respetivos requisitos em apreço é racional e está nitidamente conectada com o objeto do contrato, foi efetuada dentro dos poderes discricionários, com respeito pelas normas legais e pelos princípios da proporcionalidade, adequação, não discriminação, igualdade e concorrência;



2.36. Os requisitos fixados visaram unicamente salvaguardar o interesse público que decorrente da boa execução dos contratos públicos, em especial de um contrato de empreitada, cuja execução irá abranger uma quantidade significativa de vias de circulação do Município de São Vicente e cujos riscos de incumprimento devem ser especialmente atenuados, sendo certo que qualquer candidato os poderiam equivaler através da competente declaração bancária, nos termos previstos na al. a) do n.º 3 do art. 179.º do CCP;”

35. Nesta conformidade, por julgar improcedentes as alegações das AA., o júri do procedimento manteve na RF da Fase de Qualificação as propostas formuladas no antecedente RP

36. O órgão competente para a decisão de contratar deliberou a 17.03.2022 aprovar por unanimidade todas as propostas formuladas pelo júri do Procedimento vertidas no RF da Fase de Qualificação (Doc. 10, junto com o douta P.I.).

37. No dia 17.03.2022 foi, através da plataforma eletrónico utilizada pela entidade adjudicante, endereçado o convite à apresentação de proposta ao candidato qualificado (Vide doc. 4, que se encontra junto com a Resposta ao Incidente para Adoção de Medidas Provisórias).

38. A Contrainteressada AFAVIAS apresentou proposta no dia 31.03.2022, tendo o júri do procedimento publicitado a lista de concorrentes no dia 01.04.2022 (Vide doc. 5 e 6, que se encontra junto com a Resposta ao Incidente para Adoção de Medidas Provisórias).

39. Não ocorreu fundamentos para propor a sua exclusão, deu-se a elaboração do projeto da decisão de adjudicação pelos serviços da entidade adjudicante, a consequente prolação da decisão final e a prática dos demais atos com vista à celebração do contrato de empreitada.

C-2) Razões de Direito

I - Enunciação das questões de direito



40. Nas presentes autos, salva melhor e douta entendimento deste digníssimo Tribunal, a matéria de direito resume-se à apreciação de duas questões, a saber:

- (i) Os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiros fixados nas cláusulas 13.ª e 14.ª do PP violam os princípios da concorrência, da proporcionalidade, da economia, eficiência, igualdade e da prossecução do interesse público?
- (ii) O procedimento padece de vício por falta de fundamentação da não adjudicação por lotes?

II – Apreciação da matéria de direito

- Quanto à fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira

41. Não subsistem dúvidas que a decisão da escolha do procedimento compete ao órgão competente para a decisão de contratar, o qual, em observância das regras fixados na CCP, goza de ampla discricionariedade e liberdade de opção, em especial no que respeita à opção entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação (artigos 18.º, al. b) do art. 19.º e art. 38.º do CCP).

42. A opção pelo concurso limitado por prévia qualificação decorreu do valor da empreitada, da sua dimensão, da natureza e espécie dos trabalhos, complexidade de execução (mais do que 10 intervenções em vias de circulação de grande importância para o Município de São Vicente), das obrigações de garantia e da necessidade de salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução do contrato, atenta o seu objeto (reparação de pavimentos betumíneos em mais de 10 vias públicas municipais) e da necessidade de prevenir os graves e enormes transtornos e incómodos na vida e na normal e regular circulação da população e bens, decorrentes de atrasos e incumprimentos, muito característicos deste tipo de intervenções nas vias públicas.

43. Da mesma moda, a entidade adjudicante goza de discricionariedade e liberdade, com respeito pelas normas legais e princípios previstos no CCP, na

fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (al. h) do n.º 1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).

44. No Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dgsj.pt, decidiu-se que:

"I - O concurso limitado por prévia qualificação encontra-se legalmente previsto nos artigos 162.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e compreende duas fases: a fase de apresentação de candidaturas e de qualificação dos candidatos; e a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

II - Por força do preceituado nos artigos 164.º e 165.º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante tem, no âmbito da sua margem de livre decisão, de estabelecer quais os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiro para a boa execução do contrato a celebrar, estando, no entanto, sempre vinculada aos limites decorrentes da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.

III - É da Administração o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa.

IV - O facto provado de haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal, mas é um índice a considerar pelo juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa. - o sublinhado e negrito é nosso.

45. Não pomos em causa que discricionariedade não é sinónimo de arbitrariedade e que, por conseguinte, a liberdade de decisão deve ser balizada pela lei e pelos princípios jurídicos (como, aliás, o foi inteiramente no procedimento sub judice), designadamente da concorrência, proporcionalidade, igualdade (não discriminação) e da prossecução do interesse público.

46. Neste sentido vide Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2016, pag. 453.



47. Também, *Gonçalo Guerra Tavares*, in *"Comentário ao Código dos Contratos Públicos"*, Almedina, 2019, pag. 473, esclarece que "O Código não estabelece os requisitos mínimos de capacidade técnica, deixando a respetiva fixação para as entidades adjudicantes, de acordo com os parâmetros e meios fixados nas alíneas a) a d) e no próprio corpo do n.º 1 do seu artigo 165.º "
48. *Pedro Costa Gonçalves*, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª Ed., Vol. 1, Almedina, pag. 746, refere que "As entidades adjudicantes ficam, assim, em posição de se assegurarem de que a execução dos seus contratos, sobretudo os mais complexos ou os de maior importância económica, vai ser confiada a operadores capazes, com a aptidão técnica e financeira, prevenindo o risco de terem de contratar com os operadores económicos que – apesar de serem titulares das habilitações oficiais exigidas – ainda não deram provas concretas da sua aptidão técnica para a execução de contratos mais complexos; ou que, em casos de maior exigência, podem não dispor de recursos financeiros necessários para enfrentar os encargos que a execução do contrato comporta."
49. Na pag. 751, o citador autor defende que "O poder, conferido às entidades adjudicantes, de formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a reconhecer-lhes o poder de definição de condições administrativas de acesso dos operadores económicos ao mercado (...): na verdade, as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a excluir do mercado ("do mercado específico") um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionalismo administrativo ad hoc, determinado, caso a caso, por cada entidade adjudicante (...)."
- (...). Trata-se, certamente, de um poder discricionário, logo materializado na escolha de um modelo de procedimento que inclui aquele fase, e que, a seguir, se estende à própria formulação de requisitos, pois, à entidade adjudicante é concedida a faculdade de formular os requisitos mínimos que reputa necessários e adequados para se assegurar quanto à boa execução do contrato."
50. A disciplina da fixação dos requisitos de capacidade técnica e financeira consta do artigo 165.º do CCP.



51. Destarte, o que importa, nestes autos, é sindicor se os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, fixados nas Cláusulas 13.ª e 14.ª do PP, são legais e válidos, ou seja, se respeitam os princípios e as normas do direito pré-contratual público, em especial da proporcionalidade, da igualdade, da concorrência e da prossecução do interesse público.

52. Não temas a mínima dúvida que a resposta só pode ser afirmativa.

53. Antes de proceder à apreciação dos requisitos de capacidade técnica e financeira, importa destacar que está em causa uma empreitada de reparação dos revestimentos betuminosos de mais do que 10 vias públicas do Município de São Vicente, muitas das quais constituem vias principais e fundamentais para a circulação de pessoas e bens, numa extensão de quase de 70.000 m2, cujo preço base foi fixado em 2.750.312,34€.

Analisemos cada um dos requisitos de per si,

1) Requisitos de capacidade técnica

- Referentes ao exercício da atividade de construção de obras públicas (Classe de alvará)

54. A classe de alvará respeita integralmente o exigido pela lei, mais concretamente pela Portaria n.º 118/2012, de 30 de abril, com a redação resultante da Declaração de Retificação n.º 27/2012, de 30 de maio, a qual determina que para a execução de obras de valor superior a 2.656.000,00 € e até 5.312.000,00 € é obrigatório deter alvará de classe 6, sendo certo que, por força do Decreto Regulamentar Regional n.º 21/85/M, de 19 de outubro, seria sempre admissível a candidatura de um empresa que detivesse a classe 5, por força da majoração de 40% fixada para a RAM tendo por referência os valores fixados para Portugal Continental.

- Referentes à experiência curricular

55. *A exigência de realização de 2 empreitadas de igual ou idêntica natureza, (quer em termos quantitativos, quer em termos qualitativos), ou seja, de valor inferior ao do preço base da empreitada objeto do concurso limitado em apreço, bem como com uma quantidade de m2 aproximada, é totalmente proporcional e adequada à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, conforme exigida pelo n.º 1 do art. 165.º da CCP.*

56. *Quanto à quantidade de m2 das empreitadas curriculares de 70.000 m2, importa mencionar que esta era a quantidade constante da Lista de Trabalhos e Quantidades inicial, a qual foi retificada na sequência da revisão do projeto de execução, sendo certo que uma diferença de cerca de 3.500.00 m2, não é excessivo, tendo por referência o critério legal adotado para os requisitos financeiros (os quais não podem exceder o dobro do preço contratual – n.º 3 do art. 165.º da CCP).*

- Referentes à equipa técnica

57. *A constituição da equipa técnica é básica (um Eng. Civil ou Eng. Técnico Civil; um Técnico Superior de Segurança e um Encarregado Geral) e está perfeitamente adequada e conectada com o objeto do contrato a celebrar, quer em termos de elementos, quer em termos de experiência profissional, nos exatos termos do que foi supra alegado a respeito da experiência profissional do candidato.*

58. *O tempo de experiência profissional de cada uma dos membros da equipa técnica é totalmente razoável e adequado para assegurar as finalidades pretendidas quanto à boa execução do controlo e a qualidade pretendida para a realização dos trabalhos de reparação das camadas betuminosas de várias artérias fundamentais para a circulação de pessoas e bens do Município de São Vicente, que exige a eliminação de quaisquer riscos decorrentes de falta de capacidade técnico (e financeira), para sua pronta e boa execução, por ser manifesto que se trata de uma empreitada que habitualmente causa graves constrangimentos e perturbações na vida dia a dia das pessoas.*

- Referentes às certificações

59. Todas as certificações são adequadas e razoáveis para assegurar a boa execução do contrato a celebrar, atenta o seu objeto, duração e finalidades, e respeitom à demonstração da implementação do Sistema de Gestão da Qualidade, segundo a norma NP EN ISO 9001:2015; de Gestão Ambiental, segundo a norma NP ISO 14001:2015; de Gestão da Segurança e Saúde no Trabalho, segundo a norma ISO 45001:2018 e da certificação dos inertes e misturos betuminosos a aplicar na empreitada, segundo as normas NP EN 206-1:2007 e EN 13108-1:2006 e EN 131108-1:2006/AC:2008.

II) Requisitos de capacidade financeira

- Resultado líquido positivo

60. Este requisito de capacidade financeira, relativo ao fecho do último exercício, é básico, adequado e razoável, razão pela qual não merece qualquer ponderação especial.

- Volume de negócios médio referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 5.500.000,00 €

61. O valor médio fixado e considerado adequado pela entidade adjudicante respeita integralmente o limite máximo fixado no n.º 3 do art. 165.º do CCP, que corresponde ao dobro do valor do preço contratual, que é de 5.500.624,68 €.

62. Uma vez respeitado o limite máximo que a própria lei estabeleceu para balizar a discricionoriedade administrativa (vinculada), o quantum fixando (dentro das linhas legais) não pode merecer qualquer censura ou sindicância judicial, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

- Autonomia financeira média referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%

63. O rácio de autonomia financeira indica a capacidade de uma empresa fazer face aos seus compromissos financeiros através dos seus capitais próprios.



64. Quanto maior for este rácio maior estabilidade financeira a empresa tem.
65. O valor considerado aceitável, para efeitos de avaliação de riscos em análise financeira na gestão empresarial, para a generalidade das empresas situa-se entre os 30% e os 60%.
66. O valor exigido, atenta a realidade do setor da construção civil e as características do contrato de empreiteira sub judice, em especial no que respeita à capacidade pretendida para assegurar a sua normal execução financeira, é razoável e proporcional.
67. Com efeito, da leitura dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeiro das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, em virtude de ainda não se encontrar disponível o Relatório relativo ao exercício do ano de 2020, elaborados e disponibilizados no site do IMPC (<https://www.impc.pt>) constata-se que o requisito financeiro em apreço fica abaixo da média do quartil superior (valor a partir do qual se encontram 25% dos valores mais elevados = valor aos 75% da amostra ordenada = 75º percentil), na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 10,11 e 12, que se encontram juntos com a Resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).
68. Exemplificada, no ano de 2019, a autonomia financeira das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:
- 65% na região do Alentejo, num universo de 792 empresas;
 - 63% na região do Algarve, num universo de 1553 empresas;
 - 59% na região Centro, num universo de 5236 empresas;
 - 62% na região da AM Lisboa, num universo de 8993 empresas;
 - 61% na Madeira, num universo de 584 empresas;
 - 59% nos Açores, num universo de 392 empresas.
69. O que permite concluir pela existência de um significativo número (centenas) de potenciais candidatos e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.
- Liquidez geral média referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 4,0

70. O rácio da liquidez geral mede a capacidade duma empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo (teste de solvabilidade de curto prazo).

71. É conveniente que ultrapasse o valor de 100% e trata-se de um rácio importante para a execução dos empreitados públicos, especialmente por não ser usual efetuar aditamentos com a adjudicação e se tratar de contratos que implicam uma significativo afetação e alocavagem de recursos financeiros.

72. Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC, consta-se que em várias regiões dos pais, a média da liquidez geral das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou as 400% no ano de 2017, 2018 e 2019, também, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 13, 14 e 15, juntos com o resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

73. Em 2019 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 463% na região do Alentejo, num universo de 786 empresas;
- 392% na região do Algarve, num universo de 1549 empresas;
- 359 % na região Centro, num universo de 5225 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8952 empresas;
- 357 % na Madeira, num universo de 581 empresas;

74. Em 2018 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 469% na região do Alentejo, num universo de 747 empresas;
- 406% na região do Algarve, num universo de 1455 empresas;
- 355 % na região Centro, num universo de 4966 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8367 empresas;
- 444 % na Madeira, num universo de 581 empresas;



75. O que permite, igualmente, concluir pela existência de um significativo número de potenciais candidatos e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.

- Solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020

76. O rácio de solvabilidade traduz a capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a médio e longo prazo, por recurso à sua estrutura de capitais próprios e deve ser lido em conjunto com os rácios de endividamento e autonomia financeira.

77. Trata-se de um rácio importante para analisar a sustentabilidade da empresa no que respeita à sua viabilidade e continuidade, devendo o mesmo ser superior a 100.

78. Um rácio muito baixo indicia uma fraca viabilidade da empresa no futuro e é sinónimo de elevada fragilidade económico-financeira; quando mais elevado for o rácio de solvabilidade melhor porque significa que o património da empresa é suficiente para cumprir com todas as suas dívidas e responsabilidades.

79. Este foi um rácio considerado essencial pela entidade adjudicante, tendo em conta a natureza do empreitada, o seu valor e a afetação de meios financeiros necessários para garantir a boa execução do contrato, e as necessidades de assegurar que a adjudicatário demonstrasse capacidade de manter a sua atividade e viabilidade a médio e longo prazo por forma a cumprir com as obrigações de garantia pelos prazos máximos (5 e 10 anos).

80. Existem empresas no mercado que cumprem com o valor mínimo exigido, facto que ficou demonstrado no presente procedimento, bem como da realidade das empresas do setor decorre, atento a média deste rácio, que existem muitas empresas que oferecem a estabilidade, sustentabilidade e viabilidade pretendida.

81. Na fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira não pôde a entidade adjudicante descurar as consequências no tecido empresarial da recente crise económica e financeira, em especial a devastação ocorrida no setor da construção civil, que arrastou para a insolvência uma relevante número de médias e grandes



empresas de construção civil nunca antes visto, que é do conhecimento público, nem a instabilidade e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiros da pandemia da Covid 19, que provocam um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.

82. *Não se pode descurar que o n.º 4 do art. 165.º do CCP manda que os requisitos de capacidade técnica e financeira sejam mais exigentes do que aqueles que presidem à concessão do alvará de construção.*

83. *É perspicuo que os requisitos de capacidade financeira fixado no PP do procedimento pré-contratual público sub judice são adequados, razoáveis e proporcionais, não discriminatórios e não beliscam nenhum das normas legais e princípio jurídicos que norteiam o direito pré contratual público, em especial, os princípios da proporcionalidade, equilíbrio, igualdade, da economia, eficácia, eficiência, da concorrência e da prossecução do interesse público.*

Sem prescindir, e visando demonstrar que qualquer empresa que pretende-se candidatar-se mesmo não preenchendo os requisitos mínimos de capacidade financeira, pelas mais diversas razões, o poderia fazer,

84. *Não se pode deixar de fazer menção à possibilidade que o CCP consagra na al. a) do n.º 3 do art. 179.º do CCP, precisamente para viabilizar a apresentação de candidaturas por candidatos que não preencham os requisitos mínimos de capacidade, nos concursos limitados, cujo modelo de seleção adotado seja o modelo simples de qualificação, como sucede no procedimento sub judice.*

85. *Ou seja, no presente procedimento de concurso limitado qualquer empresa que não preenchesse os requisitos mínimos de capacidade financeira poderia apresentar uma declaração bancária, conforme modelo do anexo VI ao CCP, considerando-se que tal equivaleria ao respetivo preenchimento para efeitos de qualificação.*

86. *Ora, as AA e quaisquer outras empresas que não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade financeira poderiam ser qualificadas mediante a apresentação da identificada declaração bancária, sendo certo que se os*



respetivos rácios financeiros não servissem para obter o referido documento pela banca, não é razoável impor ao R. qualificar e contratar com tais candidatos que tenham sido considerados inidóneos pelo setor bancário, em especial para executar um contrato de empreitada com as características daquele que nos ocupa.

87. Quanto à alegação de que o prazo de 6 dias era insuficiente para o efeito, o mesmo não procede; o prazo mínimo legalmente previsto para apresentar dos documentos da candidatura foi cumprido e uma empresa padrão/modelo deve estar administrativamente preparada para obter tais documentos, inclusive, garantias bancárias, dentro de tais prazos mínimos.

88. Nesta conformidade, é inquestionável que os requisitos de capacidade técnica e financeira, são adequados à natureza das prestações objeto do contrato de empreitada a celebrar e descrevem situações, qualidades características referentes à experiência curricular das candidatas, aos recursos humanos, ao modelo e capacidade organizacionais (controlo de qualidade), à capacidade de adoção de medidas de gestão ambiental, bem como respeitam, com a devida proporcionalidade, os limites legais estabelecidos.

III – Da fundamentação da não adjudicação por lotes

89. Conforme já foi supra alegado, a entidade adjudicante, no estrito cumprimento do estipulado no n.º 2 do art. 46.º-A do CCP, fundamentou de modo bastante e suficiente, a decisão de não adjudicação por lotes.

90. Importa destacar que a adjudicação por lotes surge como uma faculdade ao dispor das entidades adjudicantes (n.º 1 do art. 46.º-A do CCP).

91. Na verdade, o CCP não impõe a adjudicação por lotes, o que impõe às entidades adjudicantes é que, em certos casos, em função do valor dos contratos, fundamentem a não contratação por lotes.



92. No caso sub judice, atento o valor da empreitada ser superior a 500.000,00 €, a entidade adjudicante estava, efetivamente, obrigada a fundamentar a decisão de não contratação por lotes.

93. Fundamentação que efetuou e que consta da decisão de contratar, tendo invocado os fundamentos previstos nas al. a) e b) do n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP, mais concretamente, o facto de a separação da reparação dos vários arruamentos causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante, designadamente decorrentes do aumento de custos, bem como por a gestão de um só contrato se revelar mais eficiente para efeitos de controlo de boa execução dos trabalhos, bem como para a fiscalização da empreitada.

94. De destacar que aos inconvenientes invocados a título exemplificativo, outros se pode adicionar e que foram ponderados, mais concretamente os inconvenientes decorrentes dos transtornos e incómodos para a circulação de pessoas e bens que uma gestão não integrado de um único contrato seguramente causaria.

95. A boa gestão deste tipo de intervenções aconselha que sejam efetuadas em bloco e de modo integrado, por forma a minimizar o seu impacto e perturbação na vida quotidiana das populações, mais concretamente na que respeita à normal e regular circulação de pessoas e bens em segurança e comodidade, em prossecução da satisfação do interesse público que dela advém.

96. Nesta conformidade, impõe-se, igualmente, concluir que a entidade adjudicante, dentro da discricionariedade que lhe assiste, era totalmente livre de optar, fundamentadamente, pela não contratação por lotes, não padecendo o procedimento de qualquer vício de falta de fundamentação no que respeito a este aspeto.

IV – Da não alegação de factos concretos e objetivos que permitem concluir pela violação dos princípios e normas aplicáveis à contratação pública

97. É irrefutável que a conclusão da violação dos princípios da proporcionalidade, adequação, igualdade e concorrência pelos requisitos de capacidade técnico e

financeira exigidos pelas cláusulas 13.º e 14.º do PP, pressuponha que as AA. alegassem factos concretos e objetivos demonstrativos do excesso e de uma “restrição” injustificada da concorrência.

98. *Ora, compulsado, com toda a atenção, o conteúdo da douda P.I, não se vislumbra a invocação de factos suscetíveis de concluir pela violação dos princípios invocadas, sendo certo que é insuficiente alegar genericamente a violação de princípios.*

99. *Com efeito, é consabido que o recurso ao concurso limitado tem por finalidade selecionar candidatos e não é apenas porque alguns candidatos ou operadores económicos não preenchem os requisitos de capacidade técnica e financeira fixados que ocorre a violação dos princípios da contratação pública.*

100. *Em boa verdade, as que as AA. vêm (em teoria e em abstrato) alegar é que os requisitos são excessivos, desproporcionais e inadequados, sem invocar e demonstrar factos que permitam concluir que, no procedimento em causa, os mesmos são prevaricadores.*

101. *O que decorre do que se vem alegando é precisamente o contrário, ou seja, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira estão adequados ao contrato a celebrar e ao conteúdo de todas as suas prestações (principais e secundários/acessórias) e visam garantir a sua boa e regular execução, numa área de intervenção delicadíssima para a vida e segurança das pessoas bens e que, por conseguinte, se requer que seja de execução contínua, sem rícos de interrupções e atrasos e por operadores capazes de assegurar o cumprimento dos przo de garantias dos trabalhos a realizar.*

102. *Por outro lado, comparar requisitos fixados para outros procedimentos é insuficiente, sobretudo porque cada entidade adjudicante, no seio da discricionariedade que lhe assiste, é livre de efetuar a ponderação das suas necessidades e de, em consequência, fixar os requisitos mais adequados, obviamente, com respeito pelos princípios jurídicos gerais e limites legais.*



103. *Em suma: os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas Cláusulas 13.ª e 14.ª do PP são adequados, são passíveis de serem cumpridos por um significativo número de empresas, tendo sido fixados por referência ao conteúdo do contrato a celebrar, aos deveres e sujeições por ele construídas, sendo totalmente legais e válidos.*

➤ **Alegações do recurso de apelação (Vide doc. 2):**

*“O Município de São Vicente, na qualidade de R., vem, na sequência da interposição do recurso da douta sentença, proferida a 08.07.2022 pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, apresentar as suas **ALEGAÇÕES**, com base nos seguintes fundamentos:*

A) Delimitação do Objeto de Recurso

1. *O presente recurso tem por objeto o segmento da douta sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal a 08.07.2022, no processo de contencioso pré-contratual n.º 63/22.8BEFUN, que declarou inválidas as al. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do Programa do Procedimento (PP), e, consequentemente, anulou os termos subsequentes do procedimento, condenando a Entidade Demanda a reconstituí-lo sem cometer a alegada ilegalidade e versa sobre **matéria de facto e de direito**.*

B) Impugnação da matéria de facto

2. *O R. considera que a douta sentença julgou incorretamente (por omissão) a matéria de facto.*

3. *Com efeito, atendendo à prova documental carreada para os autos com a contestação, considera o R. que existem factos com interesse para a boa decisão da causa que deveriam ter sido considerados provados e assentes e não o foram.*

Vejamos,

B-1) Factos considerados provados pela douta sentença



4. Na douda sentença foram considerados provados os factos, melhor descritos nos pontos 1) a 15) do título II – Fundamentação de facto, de folhas 3 a 21, da douda sentença, nos seguintes termos.

“

- 1) Por deliberação unânime da Câmara Municipal de São Vicente, registado com o n.º 32/2022, foi aprovada a “proposta de decisão de contratação – Concurso Limitado por Prévia Qualificação de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais - 2022”, na qual consta, entre o mais, o seguinte: “[...] A-2. Adjudicação por Lotes

A adjudicação não será efetuada por lotes.

Fundamentação:

A não adjudicação por lotes é efetuado ao abrigo do disposto da parte final das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP, mais concretamente, do facto de a separação da reparação dos vários arruamentos causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante, designadamente decorrentes do aumento de custos, bem como por a gestão de um só contrato se revelar mais eficiente para efeitos de controlo de boa execução dos trabalhos, bem como para a fiscalização da empreitada (...)” (cfr. documento designado de “05_PROPOSTA_DECISAO_CONTRATAR.pdf” constante do processo administrativo, doravante p. a., cujo teor se considera integralmente reproduzido).

- 2) No seguimento do referido em 1), a Entidade Demandada lançou o concurso limitado por prévia qualificação para celebração de um contrato de empreitada de obras públicas para “Reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do concelho de São Vicente – 2022” (cfr. anúncio de procedimento n.º 1781/2022, publicado no Diário da República, II Série, n.º 31, de 14 de fevereiro de 2022).
- 3) O prazo para apresentação das candidaturas ao procedimento mencionado em 2) era até às 23:59 do 6.º dia a contar da data de envio do respetivo anúncio (cfr. anúncio de procedimento n.º 1781/2022, publicado no Diário da República, II Série, n.º 31, de 14 de fevereiro de 2022).
- 4) O concurso aludido em 2) tem como programa do procedimento o documento “07_PROGRAMA_PROCEDIMENTO.pdf” e como caderno de

encargos n.º "08_CADERNO_DE_ENCARGOS.pdf" constantes do p.º, cujo teor se considera integralmente reproduzido.

- 5) As cláusulas 13.ª, 14.ª, 15.ª e 33.ª do programa do procedimento estatuem o seguinte: "(...) Cláusula 13.ª

Requisitos Mínimos de Capacidade Técnica dos Candidatos

1. Os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos são os seguintes:

- a) Referentes ao exercício da atividade de construção de obras públicas: (...)
- b) Referentes à experiência curricular do candidato: Ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos últimos 3 anos até à data da publicação do anúncio do presente concurso no Diário da República, que cumpram cumulativamente as seguintes características:

- O valor contratual de cada uma das 2 empreitadas, deverá ser igual ou superior a 2 750 000,00€ (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros);
- Cada uma das 2 empreitadas deverá ter prevista a execução de pelo menos 70.000 m² (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa.

- c) Referentes à equipa técnica: O candidato tem de apresentar na sua candidatura uma equipa técnica que cumpra os requisitos a seguir indicados: (...)

Cláusula 14.ª

Requisitos Mínimos de Capacidade Financeira dos Candidatos

1. Apenas são admitidos os candidatos que cumpram cumulativamente os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira. No caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira:

- a) Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020;
- b) Um volume de negócios médio (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;
- c) Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;

d) Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;

e) Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020.

2. O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15.ª.

3. Nos termos e para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP).

Cláusula 15.ª

Documentos Destinados à Qualificação dos Candidatos

1. A candidatura é constituída pelos documentos destinados à qualificação exigidos nos números seguintes e pelo Anexo V-M, o que se refere o n.º 1 do artigo 168.º do CCP, conforme modelo exigido pelo Anexo 8 ao presente PP.

2. Nos termos do número anterior, os candidatos deverão apresentar os seguintes documentos para a verificação do cumprimento dos requisitos mínimos capacidade técnica:

a) *Referente ao exercício da atividade de construção:*

Alvará ou certificado de empreiteiro de obras públicas emitido pelo IMPIC, I.P.

O adjudicatário pode, para efeitos de comprovação das habilitações, socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas a subcontratar, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometem, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.

No caso de adjudicatário ou subcontratado nacional de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio, que não seja titular de alvará ou certificados suprarreferidos, devem cumprir com disposto no n.º 4 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, conjugada com o artigo 22.º da Lei n.º 41/2015 de 3 de junho, ou seja, apresentar, em substituição daqueles documentos, uma declaração emitida pelo IMPIC, I.P. comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato o celebrar por preencher os requisitos que lhe permitirem ser titular de um alvará ou certificado de obras públicas, contendo as habilitações exigidas na alínea h) da cláusula 5.ª.

b) *Referente à experiência curricular do candidato:*

Declarações abonatórias, comprovativas de ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos termos exigidos na alínea b) do n.º 1 da cláusula 13.ª, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade com o Anexo 9.

c) *Referente à equipa técnica do candidato:*

O candidato deverá apresentar lista nominativa da equipa técnica a afetar à obra, em conformidade com o Anexo 10 do presente PP, a qual deve incluir em anexo: uma (i) declaração emitida e assinada por cada um dos elementos indicados para a composição da equipa técnica, em conformidade com o Anexo 11 do presente PP, bem como os respetivos (ii) currículos vitae, contendo, consoante for o caso, em anexo os certificados de habilitações, documentos comprovativos das inscrições nas respetivas ordens, CAP e certificados de formação profissional, e ainda (iii) as declarações abonatórias, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade com o Anexo 12 do presente PP.

d) *Referente às certificações do candidato: {...}*

3. Nos termos do número 1, as candidatas deverão, ainda, apresentar os seguintes documentos referentes ao cumprimento dos requisitos mínimos capacidade financeira:

a) Declaração de acordo com o Anexo 6, na qual ateste o cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no n.º 1 da cláusula 14.ª do presente PP.

b) Declarações de Informação Empresarial Simplificada (IES), entregues e validadas pela Administração Fiscal, relativas aos anos de 2018, 2019 e 2020, caso o candidato tenha três exercícios de atividade ou relativas aos anos concluídos.

c) Caso se aplique, e para os efeitos previstos no ponto 3 da cláusula 14.ª, declaração bancária emitida de acordo com o modelo constante do Anexo 7 ao presente PP.

d) Tratando-se de uma entidade estabelecida fora do Território Nacional, o candidato deve indicar os valores a considerar para efeitos de comprovação dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, referente aos anos 2018, 2019 e 2020.

4. Certidão do Registo Comercial atualizada do candidato ou de cada um dos membros do agrupamento que o compõem, ou indicação dos respetivos códigos de acesso.

5. Quando o candidato recorra a terceiros para o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica, independentemente do vínculo que com eles estabeleça designadamente o de subcontratação, a respetiva candidatura deve ainda ser constituída








por uma declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar.

6. A falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão da candidatura. (...)

Cláusula 33.ª

Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiros indicados nas cláusulas 13.ª e 14.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente (...) (cfr. documento denominado de "07_PROGRAMA_PROCEDIMENTO.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

6) O n.º 1 da cláusula 6.ª do caderno de encargos relativa ao "prazo de execução da empreitada" prevê que "[o] prazo máximo para a execução da empreitada, incluindo a execução de todos os tipos de trabalhos preparatórios ou acessórios será de 365 dias" (cfr. documento designado de "08_CADERNO_DE_ENCARGOS.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

7) Os n.ºs 1 e 3 da cláusula 36.ª do caderno de encargos, sob a epígrafe "[preço] contratual e condições de pagamento" determinam que "1 - Pela execução da empreitada e pelo cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato, deve o dono da obra pagar ao adjudicatário o valor que constar da proposta, o qual, nos termos e para os efeitos do previsto no artigo 47.º do CCP, não pode exceder o preço base total de 2.750.312.34€ (dois milhões, setecentos e cinquenta mil, trezentos e doze euros e trinta e quatro centimos), valor ao qual acrescerá o IVA à taxa legal aplicável, no caso de o adjudicatário ser sujeito passivo desse imposto pela execução do contrato" e "3 - Os pagamentos a efetuar pelo dono da obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com o disposto na Cláusula 27.ª sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas (...)" (cfr. documento designado de "08_CADERNO_DE_ENCARGOS.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

8) Em face do teor dos documentos indicados em 4) a Autora Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S. A. formulou o pedido de esclarecimento vertido na documento com a designação de

"65_PEDIDO_ESCLARECIMENTO_TECNOVIA_ACINGOV.pdf" e a Contratinteressada RIM – Engenharia e Construções, S. A. o constante do documento denominado "68_PEDIDO_ESCLARECIMENTO_RIM.pdf" do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido.

9) A Entidade Demandada pronunciou-se em 18 de fevereiro de 2022 quanto ao indicado em 8) nos termos constantes do documento "69_RESPOSTA_PEDIDOS_ESCLARECIMENTO.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido.

10) Na resposta ao pedido de esclarecimentos apontada em 9), a Entidade Demandada informou o seguinte: "(...) I. Dos esclarecimentos

2.2 Os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos identificados na alínea a) do n.º 1 da cláusula 13.ª são os que efetivamente nessa alínea constam.

2.3. Os requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos identificados nas alíneas a), b), c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª são definidos de acordo com a conveniência e com o interesse da entidade adjudicante, pelo que são os que constam expressamente no programa do procedimento.

2.4. Mantém-se o disposto no ponto 1 da cláusula 14.ª do Programa do Procedimento

2.5. Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP).

II Dos erros e omissões do programa do procedimento

3. O órgão competente para a decisão de contratar vem, oficiosamente, proceder à retificação do seguinte erro da peça do procedimento designada programa do procedimento.

3.1. Onde se lê:

"Cláusula 33.ª



Preenchimento dos Requisitos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiros indicados nas cláusulas 13.ª e 14.ª desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente”.

3.2. Deverá ler-se:

„Cláusula 33.ª

Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª quando todos os membros os preencham individualmente”. (...)” (cfr. documento denominado de “69_RESPOSTA_PEDIDOS_ESCLARECIMENTO.pdf” constante do p. o. cujo teor se considera integralmente reproduzido)

11) Apresentaram candidatura no âmbito do procedimento apontada em 2) as Autoras e as Contrainteressadas (cfr. documento designado de “81_RELATORIO_PRELIMINAR.pdf” constante do p. o. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

12) O júri elaborou o relatório preliminar constante do documento designado de “81_RELATORIO_PRELIMINAR.pdf”, no qual propôs a seguinte: “(...) por constatar que preenche todos os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, bem como por considerar que apresentou todos os documentos exigidos em conformidade com a PP e demais normas legais aplicáveis, a qualificação do seguinte candidato: (i) Candidato n.º 2 AFAVIAS – Engenharia e Construções, S. A.;

5. Da exclusão de candidatos

O júri, após a análise das respetivas candidaturas, propõe a exclusão dos seguintes candidatos:

- a) Candidato n.º 1: RIM – Engenharia e Construções SA nos termos e com os fundamentos constantes do ponto 2.6.1 do presente relatório.*
- b) Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA, Farrobo Soc. De Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A., nos termos e com os fundamentos constantes do ponto 2.6.3 do presente relatório.*



6. Conclusão

Pelo exposto, o Júri propõe, por unanimidade, ao órgão competente para a decisão de contratar, o seguinte:

a) A qualificação do candidato melhor identificado no ponto 4 supra.

Nos termos do artigo 185.º do CCP e da Cláusula 36.ª do PP, deve o presente relatório ser enviado a todos os candidatos para, querendo, se pronunciarem, no prazo de 5 dias úteis, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia {...}" (cfr. documento denominado "81_RELATORIO_PRELIMINAR.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

13) Na sequência do mencionado em 12) as Autoras pronunciaram-se nos termos constantes do documento denominado "83_AUDIENCIA_PREVIA_TECNOVIAMADEIRA_FARROBO_TECNOVIAS.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido.

14) No seguimento do aludido em 13) o Júri elaborou o relatório final constante do documento denominado "85_DECISAO_APROVACAO_PROPOSTAS_RELATORIO_FINAL.pdf", no qual se consigna, além do mais, o seguinte: "(...) 2.4 Os requisitos mínimos de capacidade financeira estipulados na cláusula 14. a do Programa do Procedimento foram os requisitos que o Município de São Vicente considerou como adequados, proporcionais e justos visando uma seleção de concorrentes capazes de mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o bom e integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar, conforme estipulada no n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação;

Se não vejamos,

2.5. A crise económica e financeira que conduziu ao PAFF afetou especialmente o sector da construção civil, tendo deixado um rasto de insolvências de empresas de construção civil, algumas das quais consideradas grandes e médias empresas;

2.6. Atualmente, vivemos uma época de instabilidade e insegurança, causadas pelos efeitos económicos e financeiros da pandemia, cujo impacto nos preços dos materiais pode provocar problemas de cumprimento às empresas em situação de vulnerabilidade;

2.7. Foram por estas razões que a Câmara Municipal de São Vicente ao fixar os requisitos mínimos de capacidade financeira constantes do Programa do Procedimento procurou

unicamente garantir a boa e regular execução do contrato, principalmente face à sua dimensão que se repercute por todo o Concelho de São Vicente, com grandes reflexos na vida do dia-a-dia dos munícipes por os riscos de incumprimentos serem suscetíveis de causar graves inconvenientes e prejuízos na circulação de pessoas e bens;

2.8. A Câmara Municipal de São Vicente quis assegurar com um grau de certeza e razoabilidade que selecionaria um candidato com aptidão e idoneidade para executar a obra em questão, pelo que procurou garantir que não seria confrontada com uma empresa a contratar sem capacidade (financeira e técnica) e que pudesse apresentar um cenário de dificuldades financeiras; com riscos de se repercutir na boa execução do contrato, gerando, com isso, consequências gravosas e transtornos para a entidade adjudicante Câmara Municipal de São Vicente;

2.9. Além de que num cenário de incumprimento de contrato por falta de capacidade financeira, toda o concelho de São Vicente seria também afetado uma vez que as intervenções desta empreitada são executadas em vários arruamentos do Concelho pelo que, nessa hipótese, provocaria adversidades, contrariedades e prejuízos no âmbito da população e circulação concelhia provocada pelas obras suspensas/paradas;

2.10. Relativamente aos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidas no Programa do Procedimento, foi exigido um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020, o que se considera completamente normal;

2.11. Foi exigida um volume de negócios médio (média aritmética), referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, o que não excede o dobro do valor do contrato, em observância do disposto no n.º 3 do art.º 165.º do CCP;

2.12. Relativamente à autonomia financeira média (média aritmética) exigida, referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, não é excessivo e é aquela que a Câmara Municipal de São Vicente considerou oferecer garantias de estabilidade, tendo em conta o colapso e o rasto de insolvências no sector da construção civil nos últimos anos, bem como por ser especialmente necessário, atenta a natureza e objeto da empreitada, evitar riscos de incumprimentos suscetíveis de causar graves transtornos à normal e regular circulação de pessoas e bens;

2.13. A liquidez geral média (média aritmética) exigida referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 não é desproporcional e a exigência de solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020 também não é excessiva utentos os fins de interesse público que urze com a boa execução da empreitada;

2.14. Relativamente aos requisitos mínimos da capacidade técnica, a quantidade de execução de metros quadrados de camada de desgaste betuminosa exigida no Programa do Procedimento para cada uma das empreitadas é de 70.000m², não é desproporcional à quantidade de metros quadrados exigida no presente projeto de execução que é de 67.572,96m² (tourada na sequência da revisão do projeto);

2.15. A exigência de ter realizado ou estar a realizar duas empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estrados e armamentos públicos nos últimos 3 anos é razoável e o valor de cada empreitada ficou aquém do valor da presente empreitada;

2.16. Relativamente à equipa técnica em concreto do Engenheiro Civil ou Engenheiro Técnico Civil, a experiência profissional não é desproporcionada nem quanto à antiguidade, nem quanto à direção de duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), que fica abaixo do preço contratual e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional, pelas razões supra mencionadas;

2.17. Relativamente ao Técnico Superior de Segurança, a experiência profissional também não é desproporcionada, nem quanto à antiguidade, nem quanto ao exercício da função de Técnico Superior de Segurança em duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), que fica abaixo do preço contratual, e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional;

2.18. O mesmo para o Encarregado Geral, a experiência profissional não é desproporcionada nem quanto à antiguidade, nem quanto ao exercício como Encarregado Geral de duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros) que fica abaixo do preço contratual, e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional;

2.19. Como refere a Doutrina perfilhada por Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018:

‘Como decorre da indicação da lei, os requisitos da capacidade técnica têm a ver com a experiência do candidato na execução de prestações análogas às que vai executar em caso de adjudicação ou na demonstração de que possui os recursos necessários para assegurar uma correta execução do contrato’.

2.20. Por sua vez, relativamente à capacidade financeira, refere o Autor citado no n.º anterior que: ‘Por sua vez, os requisitos de capacidade financeira são impostos com o propósito de assegurar que os candidatos disponham da capacidade económica e financeiro para enfrentar os custos que vão ter de suportar com a execução do contrato.



Neste caso, a lei abstém-se de enunciar, de forma explícita, um critério de orientação de que as entidades adjudicantes se possam servir no processo de definição de requisitos mínimos (...);

2.21. *Refere ainda Pedro Costa Gonçalves, conforme bibliografia citada, que:*

'O poder, conferido às entidades adjudicantes, de formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a reconhecer-lhes o poder de definição de condições administrativas de acesso dos operadores económicos ao mercado. (...) Trata-se, além disso, de condições administrativas de carácter assumidamente restritivo por relação às condições legais de exercício da atividade a que o contrato se reporta. Na verdade, as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a excluir do mercado (do 'mercado específico') um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionamento administrativo ad hoc, determinado, caso a caso, por cada entidade adjudicante';

2.22. *Além de que é pacificamente aceite caber à Administração '(...) a definição dos termos do concurso e a fixação dos critérios que o enformarão por essa tarefa constituir uma competência sua, reservada, inserida na margem de livre apreciação' ou das prerrogativas de avaliação' de que dispõe atendendo à liberdade de que a Administração dispõe para esse efeito por lhe ter sido concedida para melhor defender o interesse público' além de que 'o que, de resto, se ajusta com uma verdade que, também, não sofre contestação: a de que o poder discricionário, por ser um poder fundado na lei, só pode ser exercido dentro dos limites por ela traçados, e a Autarquia ao fixar os requisitos de capacidade financeira agiu no 'âmbito da discricionariedade e da margem de livre decisão que detinha, dispondo de 'uma liberdade de preenchimento valorativo do conceito indeterminado, pautado pelos critérios fornecidos pela legalidade material ou mais extensamente pelo bloco de legalidade, vide Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo 0571116, datado de 08.09.2016 (...)'.*

2.23. *A propósito, é sabido que no âmbito do bloco da legalidade o n.º 3 do artigo 165.º da*

Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º181/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redação, dispõe 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, requisito que foi cumprido cabalmente pela Autarquia no Programa do Procedimento;

2.24. *Conforme a doutrina perfilhada por Ana Gouveia Martins, in Estudos da Contratação Pública I, pág. 260 (...) a capacidade financeira reporta-se à avaliação da*

[Handwritten notes in blue ink, including a large 'X' and various scribbles]

optidão estimada dos candidatos para mobiliar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais, conforme se lê na parte final do n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redução, sendo que os requisitos mínimos de capacidade financeira a que se refere o n.º 4 do artigo 164.º não podem exceder o dobro do valor do contrato;

2.25. Além de que a jurisprudência comunitária concede uma (...) margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinadas a assegurar o cabal cumprimento do contrato, vide Acórdão do TJ de 15.01.1986, relativo ao Processo C-27-29/86-CEI e Bellini, in Coletânea da Jurisprudência, 1987, pág. 03347;

2.26. Assim, o exigência dos requisitos mínimos financeiros visa garantir a solvabilidade, a qualidade e a fiabilidade do concorrente para satisfazer a execução da empreitada que lhe possa ser adjudicada;

2.27. Os requisitos mínimos de capacidade técnica são adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, uma vez que a empreitada ao se repercutir por diversas zonas do Concelho naturalmente que será melhor prestada por quem tenha um elevado nível de experiência em empreitadas que assumem natureza de construção, reparação ou recuperação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nas suas diferentes formas e composições, onde aliás, e como já se disse, o valor estipulado para cada empreitada no Programa do Procedimento referente aos requisitos mínimos de capacidade técnica é igual ou superior a €2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), ou seja, de valor inferior ao limiar do valor desta empreitada;

2.28. Depois, porque se compreende que a Câmara Municipal de São Vicente quisesse assegurar que só pudesse concorrer quem tivesse a capacidade necessária, em termos de recursos humanos e financeiros, que lhe garantisse o correto cumprimento do objeto do contrato, e parece-nos claro que essa garantia podia ser melhor prestada por operadores económicos que desenvolvam atividade no mercado com os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira estipulados no Programa do Procedimento;

2.29. Face ao exposto, não há aqui qualquer violação dos princípios da igualdade, proporcionalidade, e da concorrência dado não haver nenhuma infundada nem injustificada referência relativa aos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica estabelecidos, sendo que, aliás, os respetivos requisitos são deveras relevantes face a natureza da prestação pela sua dimensão a nível geral do Conselho;





2.30. Trata-se, pois de uma área onde, dentro do uso de poderes discricionários a entidade adjudicante goza de uma autonomia na fixação de requisitos que a mesma considera convenientes para salvaguardar o interesse público que subjaz às garantias da boa execução do contrato;

(...)

2.32. Face ao exposto, as fixações dos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica patentes do Programa do Procedimento não são desproporcionais, nem violam o princípio da concorrência, nem tão pouco são desadequadas face ao objeto e finalidades do objeto da empreitada e, portanto, não são uma restrição violadora dos princípios gerais que enformam a atividade administrativa, máxime, como já referido os da concorrência, da proporcionalidade e igualdade..

2.33. Por outro lado, estando em causa a adoção do modelo simples de qualificação, é hoje inteiramente possível aos candidatos, quando não logram preencher os requisitos de capacidade financeira que a entidade adjudicante considerou convenientes fixar, equivaler o respetivo preenchimento através da apresentação de uma declaração bancária, conforme modelo constante do anexo VI ao CCP, nos termos e para os efeitos previstos na al. a) do seu n.º 2 do seu art.º 179.º;

2.34. O que significa que, atualmente, a lei confere aos candidatos uma forma alternativa de oferecer o cumprimento das garantias financeiras pretendidas, através da apresentação da mencionada declaração bancária; sendo contraproducente alegar a impossibilidade da sua obtenção, por ser na medida em que, se as instituições bancárias recusaram a sua emissão não seria admissível nem faria sentido exigir à Administração Pública que acesse um candidato que se encontrasse nessas circunstâncias;

2.35. Concluindo, a fixação dos respetivos requisitos em apreço é racional e está nitidamente conectada com o objeto do contrato, foi efetuada dentro dos poderes discricionários, com respeito pelas normas legais e pelos princípios da proporcionalidade, adequação, não discriminação, igualdade e concorrência;

2.36. Os requisitos fixados visaram unicamente salvaguardar o interesse público que decorrente da boa execução dos contratos públicos, em especial de um contrato de empreitada, cuja execução irá abranger uma quantidade significativa de vias de circulação do Município de São Vicente e cujos riscos de incumprimento devem ser especialmente atenuados, sendo certa que qualquer candidato os poderiam equivaler através da competente declaração bancária, nos termos previstos na al. a) do n.º 3 do art. 179.º do CCP;

(...)

3.6.3. Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira. Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. De Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A.

(...)

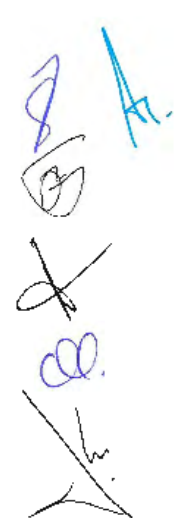
(ii) Documentos da candidatura:

Relativamente às declarações- abonatórias previstas na alínea b) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP, referente à experiência curricular do candidato, o júri constata que o candidato não apresentou duas declarações abonatórias emitidas pela entidade contratante mas sim uma única declaração abonatória a demonstrar que realizou uma empreitada, designada 'Empreitada para as Obras de Beneficiação/Reforço do Pavimento, no sublanço Coimbra Norte (A1 / A14)/ Mealhada, da A1 — Auto-estrada do Norte', cujo valor total dos trabalhos da empreitada é de €3.489.499,96, sendo que nessa declaração abonatória falta a indicação da quantidade de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada, conforme era obrigatória e solicitado na alínea b) do n.º 2 da cláusula 15.ª. Pese embora, o candidato juntou uma declaração a mencionar que a quantidade de metros quadrados de execução de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada é de 297.000,00m².

O candidato juntou, também, um contrato de empreitada para as obras de beneficiação/ reforço do pavimento, das sublanças Elvas Poente/ EN246/ Elvas Central da A6 — Auto-estrada Marateca/ Caia a demonstrar que, conforme declaração também junta pelo candidato, está a executar a referido empreitada ergo valor total dos trabalhos da empreitada é de €4.488.995,847, e a quantidade de metros quadrados de execução de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada é de 229.556,00m².

O candidato mencionou que as referidas declarações abonatórias encontram-se em fase de emissão podendo os mesmos serem disponibilizados posteriormente em sede próprio. Pese embora o júri pudesse equacionar a viabilidade de um pedido de suprimento ao abrigo do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, é manifesto que o mesmo se revelaria inútil visto que o candidato não cumpre com os requisitos mínimos de capacidade financeira, conforme infra se menciona, pelo que fica prejudicada a apreciação da questão do cumprimento das formalidades respeitantes à comprovação dos requisitos da capacidade técnica do candidato e da equipa técnica em virtude de ter sido junta apenas uma única declaração abonatória e um contrato de uma obra em execução, bem como da questão da viabilidade de um eventual pedido de suprimento da candidatura.

O candidato não apresentou o documento exigido pelo n.º 6 da cláusula 11.ª do PP.



Com efeito, foram apresentados documentos para comprovar os requisitos de capacidade técnica referentes a três operadores económicos, pelo que o júri presume que possa estar em causa se constituírem em consórcio. No entanto, não foi entregue o documento exigido pelo n.º 6 da cláusula 11.ª do PP. Nesta sede podia ser equacionada a viabilidade de um pedido de suprimento ao abrigo do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, mas a análise a esta questão fica prejudicada por ser manifesto a falta de preenchimento dos requisitos financeiros conforme infra se menciona.

O júri constatou que o currículo vitae do Diretor de Obra — Engenheiro Técnico Civil Nuno Filipe da Silva Carapuça que integra a equipa técnica da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. não contém em anexo o certificado de habilitações nem o documento comprovativo da inscrição na respetiva ordem, conforme exigido pelo ponto (a) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que o currículo vitae do Técnico Superior de Segurança João Tiago Moura Sequeira que integra a equipa técnica, da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA;

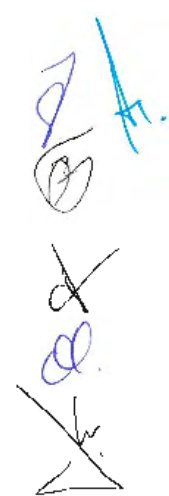
Farrobo, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A, não contém em anexo o certificado de técnico de segurança e/ ou técnico superior de segurança, conforme exigida pelo ponto (ii) da alínea c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP, conjugada com o ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que o currículo vitae do Encarregado Geral Mário Jorge Ribeiro Alves que integra a equipa técnica da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A, não contém em anexo o certificado de formação profissional na área de técnico de obra/ condutor de obra, conforme exigido pelo ponto (iii) da alínea c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP, conjugado com o ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

Conforme determinado no n.º 6 da cláusula 15.ª do PP, conjugado com a al. e) do n.º 2 do art. 184.º do CCP, a falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão.

O júri constata que o candidato em causa não preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira exigidas, previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP.

Com efeito, todos os membros não demonstram ter cumprido individualmente com o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercidos de





2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, visto que a Tecnovia Madeira — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 52,92%

2019 — 61,26%

2020 — 54,02%

Média — 56,07%

A Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 14,48%

2019 — 6,16%

2020 — 5,47%

Média — 8,70%

A Farrobo — Sociedade de Construções, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 70,10%

2019 — 69,78%

2020 — 67,18%

Média — 69,02%

Todos os membros não demonstram ter cumprido individualmente com o requisito da liquidez geral médica (Média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0, visto que a Tecnovia Madeira — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 2,04

2019 — 2,44

2020 — 1,79

Média — 2,09

A Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 1,85

2019 — 1,13

2020 — 1,02

Média — 1,33

A Farrobo — Sociedade de Construção, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 2,75

2019 — 2,68

2020 — 3,28

Média — 2,90



Todos os membros não demonstraram ter cumprido individualmente com o requisito da solvabilidade geral positivo, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020 visto que a Tecnovia Madeira — Sociedade de Empreitadas, S. A. indicou 117,49%, a Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. indicou 5,79% e a Farraba — Sociedade de Construções, S. A. indicou 204,71%.

O não preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira constitui motivo de exclusão da candidatura ao abrigo da alínea 1) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, conjugado com o n.º 2 da cláusula 35.ª do PP.

(...)

4.2. Mais conclui o júri que o candidato n.º 1 RIM — Engenharia e Construções, SA — e o candidato n.º 3 — Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; _Farraba, Soc. de Construção. S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. — não preenchem os requisitos mínimos de capacidade técnica conforme supra exposto no ponto 3.6.1. e 3.6.3, respetivamente, do presente relatório.

(...)

5. Da exclusão de candidatas.

O júri, após a análise das respetivas candidaturas, propõe a exclusão dos seguintes candidatas:

(...)

b) Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, SA, Farraba, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A., nos termos e com os fundamentos constantes no ponto 3.6.3 do presente relatório.

6. Da qualificação de candidato

O júri do procedimento, após a análise das respetivas candidaturas propõe, por constatar que preenchem todos os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, bem como por considerar que apresentaram todos os documentos exigidos em conformidade com o PP e demais normas legais aplicáveis, a qualificação do seguinte candidato:

(i) Candidato n.º 2: AFAVIAS — Engenharia e Construções, S. A. (...) (cfr. documento designado de "85 DECISAO APROVACAO_PROPOSTAS_RELATORIO_FINAL.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido)

15) Sobre o apontado em 14) recaiu deliberação de 17 de março de 2022 da Câmara Municipal de São Vicente de aprovação por unanimidade (cfr. documento designado de "85_DECISAO



APROVACAO_PROPOSTAS_RELATORIO_FINAL.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido)."

B-2) Concretas pontos de facto que a R. considera que deveriam ter sido julgados provados e não o foram

5. A R. considera que, em face à prova documental junta com a Contestação e com o requerimento apresentado o 19.05.2022, devem ser julgados provados e aditados à factualidade assente os seguintes factos:

(i) Dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeira das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, em virtude de ainda não se encontrar disponível o Relatório relativo ao exercício do ano de 2020, elaborados e disponibilizados no site do IMPC (<https://www.impic.pt>), constata-se que o requisito financeiro referente à **autonomia financeira** fica abaixo da média do quartil superior na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 10, 11 e 12, que se encontram juntos com a Resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias), mais especificamente:

- No ano de 2017, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 63% na região do Alentejo, num universo de 734 empresas;
- 61% na região do Algarve, num universo de 1.376 empresas;
- 57% na região Centro, num universo de 4.855 empresas;
- 60% na região da AM Lisboa, num universo de 8.090 empresas;
- 60% na Madeira, num universo de 527 empresas;

61% nos Açores, num universo de 327 empresas (Vide doc. 10, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2018, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 66% na região do Alentejo, num universo de 754 empresas;
- 64% na região do Algarve, num universo de 1.460 empresas;
- 58% na região Centro, num universo de 4.976 empresas;

- 61% na região da AM Lisboa, num universo de 8.414 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 567 empresas;
- 60% nos Açores, num universo de 351 empresas (Vide doc. 11, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2019, a autonomia financeira das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 65% na região do Alentejo, num universo de 792 empresas;
- 63% na região do Algarve, num universo de 1553 empresas;
- 59% na região Centro, num universo de 5236 empresas;
- 62% na região da AM Lisboa, num universo de 8993 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 584 empresas;
- 59% nos Açores, num universo de 392 empresas (Vide doc. 12, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

(ii) Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC, consta-se que em várias regiões dos pais, a média da **liquidez geral** das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018 e 2019, também, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 13, 14 e 15, juntas com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias), mais concretamente:

- Em 2017 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 495% na região do Alentejo, num universo de 731 empresas;
- 412% na região do Algarve, num universo de 1.365 empresas;
- 357 % na região Centro, num universo de 4.841 empresas;
- 443 % na região da AM Lisboa, num universo de 8.047 empresas;
- 407 % na Madeira, num universo de 523 empresas (Vide doc. 13, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2018 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 469% na região do Alentejo, num universo de 747 empresas;

- 406% na região do Algarve, num universo de 1455 empresas;
- 355 % na região Centro, num universo de 4966 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8367 empresas;
- 444 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 14, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2019 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 463% na região do Alentejo, num universo de 786 empresas;
- 392% na região do Algarve, num universo de 1549 empresas;
- 359 % na região Centro, num universo de 5225 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8952 empresas;
- 357 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 15, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- (iii) No que respeita às condições de pagamento dispõe os n.ºs 3 e 4 da cláusula 36.ª do CE o seguinte: "3. Os pagamentos a efetuar pelo dono de obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com a disposta na Cláusula 27.ª sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.
- (iv) Do Plano de Pagamentos e do Cronograma Financeiro decorre que no terceiro mês da execução do contrato, os custos previstos serem enfrentados pelo cocontratante são de 210.042,19 e no quarto mês são de 380.074,87 €.
- (v) No n.º 3 da cláusula 14.ª do PP encontra-se prevista a seguinte faculdade: "3. Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP)."
- (vi) Por deliberação da Câmara Municipal de São Vicente, dotada de 28.04.2022, consignada na Acta da Décima Reunião de 2022, foi aprovado o projeto de decisão de adjudicação da empreitada ao concorrente AFAVIAS.



(vii) No dia 18.05.2022 foi celebrado o contrato de empreitada entre a entidade adjudicante e a adjudicatária AFAVIAS.

6. *Motivação: A informação a partir da qual se extrai os dados estatísticos supra invocados é credível e pública, na medida em que provém de um instituto público com atribuições e competências no setor da construção civil, sendo incontornável não a aceitar como boa e considerar provados os factos sobre os quais a mesma versa.*

7. *As condições de pagamento constam da CE; as previsões de pagamentos estão devidamente mencionadas nos documentos que integram a proposta, mais especificamente do Plano de Pagamentos e do Cronograma Financeiro e a fofulidade de equivalência do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira está consagrada no n.º 3 da Clausula 14.ª do PP, que constitui uma das peças conformadoras do procedimento; os factos provados identificados em vi. e vii, resultam da prova documental, junta com o requerimento, apresentado 19.05.2022, ao abrigo do disposto nos n.ºs 3 e 4 do art. 8.º da CPTA, mais concretamente da Ata da Décima Reunião da Câmara Municipal de São Vicente, realizada ao 28.04.2022 e do contrato de empreitada, celebrado as 18.05.2022.*

8. *Por conseguinte, ao fazer tábua rasa destes factos, relevantes e fundamentais (na medida em que permitem concluir que são milhares os operadores económicos do setor da construção que preenchem os requisitos de capacidade financeira fixados, bem como que os custos previstos enfrentar no arranque da execução do contrato consubstanciam valores relevantes), para a boa decisão da causa, o Tribunal a quo julgou incorretamente a matéria de facto, impondo-se a sua correção, nos termos supra alegados.*

C) Da nulidade da sentença por falta de fundamentação

9. *A douda sentença padece do vício de falta de fundamentação.*



10. Na verdade, cotejando o que dele consta para fundamentar a declaração de ilegalidade das als. c), d) e e) do n.º 1 da Cláusula 14.ª do PP, conclui-se que a Tribunal a quo foi à boleia da vaguidade da causa de pedir alegada pela A., limitando-se a concluir sem nada fundamentar.

11. Com efeito, a dauta sentença limitou-se a mencionar que os requisitos mínimos de capacidade financeira visam garantir que os candidatos dispõem dos meios financeiros para enfrentar os custos que advêm da execução do contrato e que estando em causa uma empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente, com a duração de 365 dias, com pagamentos mensais, a mesma não requerer um investimento avultado, ainda que o preço base seja de 2.750 312,34 €, concluindo que a autonomia financeira, liquidez geral média e solvabilidade geral exigidas revelam-se excessivas e desnecessárias, afetando a concorrência, por afastar do concurso quem não preencha os requisitos financeiros fixados.

12. Ora, isto só por si configura uma mera conclusão, na medida em que não se sabe, nem se compreende e descortina quais as razões mensuráveis, objetivas e concretas que permitem concluir pela violação da proporcionalidade e do princípio da concorrência, designadamente em que medida ficaram os operadores económicos do setor impedidos, sendo certo que, à priori, é óbvio que o que era pretendido era selecionar candidatos que oferecessem condições de executar financeiramente o contrato sem constrangimentos, atenta a respetiva objeto.

13. Em síntese, a fundamentação da dauta sentença, tal como foi efetuada, sem justificar objetivamente, com factos concretas, em que medida a concorrência e a proporcionalidade foi afetada, corresponde a uma mera ilação daquilo que é o efeito prático de um concurso público limitado por prévia qualificação.

14. Nesta conformidade, impõe-se concluir que a sentença é nula por falta de fundamentação, ao abrigo do disposto na al. b) do n.º 1 do art. 615.º do CPC, aplicável subsidiariamente, por força da remissão operada pelo art. 1.º do CPTA.

Sem prescindir,

D) Matéria de direito

D-1) – Enunciação das questões de direito

15. Porque foram bem julgados improcedentes todos os demais fundamentos invocados para obter a declaração de invalidade das cláusulas 13.ª, 14.ª e 33.ª do PP, a matéria de direito está reduzida à seguinte questão: Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas als. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP violam os princípios da proporcionalidade e da concorrência?

D-2) – Apreciação da matéria de direito

I - Quanto à escolha do tipo de procedimento e fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira

16. Perante o atual quadro legal, não subsistem dúvidas que a decisão da escolha do procedimento compete ao órgão competente para a decisão de contratar, o qual, em observância das regras fixados no CCP, goza de ampla discricionariedade e liberdade de opção, em especial no que respeita à escolha entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação (artigos 18.º, al. b) do art. 19.º e art. 38.º do CCP).

17. Do mesmo modo, a entidade adjudicante goza de discricionariedade e liberdade, com respeito pelas normas legais e princípios previstos no CCP, na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (al. h) do n.º 1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).

18. Como refere Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedino, 2018, pag. 746:

“(…) as entidades adjudicantes podem pretender definir requisitos ainda mais exigentes que os operadores económicos deverão preencher para poderem aceder ao procedimento. Pois bem, a lei autoriza-as a estabelecer requisitos dessa natureza, que são, portanto, requisitos especiais, delineados no caso concreto (não pela lei) em função

de cada específico procedimento e de cada contrato a adjudicar: trata-se de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (cf. artigo 165.º).

As entidades adjudicantes ficam, assim, em posição de se assegurarem de que a execução dos seus contratos, sobretudo os mais complexos ou os de maior importância económica, vai ser confiada a operadores económicos capazes, com optidão técnica e financeira, prevenindo o risco de terem de contratar com operadores económicos que – apesar de serem titulares das habilitações oficiais exigidas – ainda não deram provas concretas da sua optidão técnica para a execução de contratos mais complexos; ou que, em casos de maior exigência, podem não dispor de recursos financeiros necessários para enfrentar os encargos que a execução do contrato comporta.”



19. *Por conseguinte, é indiscutível que a opção pelo concurso público limitado por prévia qualificação, atenta a sua natureza e finalidade, implica, natural e necessariamente, a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que visam seleccionar candidatos, ou seja e assumindo frontalmente: o concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento que visa limitar a concorrência aos operadores económicos que preencham os requisitos de capacidade técnica e/ou financeira fixados no PP e reputados necessários e adequados pela entidade adjudicante com referência à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar.*

20. *Como ensina o citado Pedro Costa Gonçalves, in Direito dos Contratos Públicos, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018, pag. 749:*

“Por sua vez, os requisitos de capacidade financeira são impostos com o propósito de assegurar que os candidatos disponham da capacidade económica e financeira para enfrentar os custos que vão ter de suportar com a execução do contrato. Neste caso, a lei abstém-se de enunciar, de forma explícita, um critério de orientação de que as entidades adjudicantes se possam servir no processo de definição de requisitos mínimos e também é omissa quanto aos elementos de referência que elas podem exigir para demonstrarem a capacidade financeiro”.

21. *Ensina o identificado autor, in obra citada, pag. 751, que:*

“O poder, conferido às entidades adjudicantes, de formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a reconhecer-lhes o poder de definição de condições administrativas de acesso dos operadores económicos ao mercado (...): na

verdade, as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a excluir do mercado ("do mercado específico") um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionalismo administrativo *ad hoc*, determinado, caso a caso, por cada entidade adjudicante (...)." 

(...). Trata-se, certamente, de um poder discricionário, logo materializado na escolha de um modelo de procedimento que inclui aquela fase, e que, a seguir, se estende à própria formulação de requisitos, pois, à entidade adjudicante é concedida a faculdade de formular os requisitos mínimos que reputa necessários e adequados para se assegurar quanto à boa execução do contrato."

22. No Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dgsi.pt, decidiu-se que:

"I - O concurso limitado por prévia qualificação encontra-se legalmente previsto nos artigos 162.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e compreende duas fases: a fase de apresentação de candidaturas e de qualificação dos candidatos; e a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

II - Por força da preceituado nos artigos 164º e 165º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante tem, no âmbito da sua margem de livre decisão, de estabelecer quais os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira para a boa execução do contrato a celebrar, estando, na entanto, sempre vinculada aos limites decorrentes da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.

III - É da Administração o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa.

IV - O facto provado de haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal, mas é um índice a considerar pelo juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa." - o sublinhado e negrito é nosso.

23. Como sempre foi alegado e reconhecido pelo recorrente, discricionariedade não é sinónimo de arbitrariedade.

24. Por conseguinte, a liberdade de decisão deve ser balizada pela lei e pelos princípios jurídicos, como, aliás, o foi inteiramente no procedimento *sub judice*,

designadamente da concorrência, proporcionalidade, igualdade (não discriminação) e da prossecução do interesse público.

25. Neste sentido vide *Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, in Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2016, pag. 453.*

26. A disciplina da fixação dos requisitos de capacidade técnica e financeira consta do artigo 165.º do CCP.

27. Destarte, o que importa, nestes autos, é sindicar se os requisitos mínimos de capacidade financeira, fixados nos als. c), d) e e) da cláusula 14.ª do PP, são legais e válidos, ou seja, se respeitam as normas e os princípios do direito pré-contratual público, em especial da proporcionalidade e da concorrência.

28. O R. está convicto que exerceu os seus poderes discricionários com total observância dos princípios da proporcionalidade e da concorrência.

29. Na verdade, estamos muito longe de casos desproporcionais como os que foram decididos nos seguintes processos:

- Ac. TCAN, de 25 de Março de 2010, Proc. 1257/09, cujo sumário é o seguinte:

- I. O programa do concurso («PC») corporiza o regulamento que define os termos a que deve obedecer a fase da formação do contrato [cfr. art. 41.º do CCP], sendo que o mesmo deve conter, nomeadamente, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os candidatos devem preencher [cfr. art. 164.º, n.º 1, als. h), i), m) do CCP], requisitos esses a aferir na fase de qualificação [cfr. arts. 167.º e segs. do mesmo diploma], prevendo-se dois modelos de qualificação (modelo simples e o modelo complexo).*
- II. Existe uma margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinados a assegurar o cabal cumprimento do contrato.*
- III. Pese embora tal margem de liberdade que é conferida à entidade adjudicante na definição dos requisitos mínimos da capacidade técnica e da capacidade financeira dos operadores económicos que desenvolvam actividade no mercado e que são potenciais*

candidatos ao procedimento temos que tal liberdade se mostra, desde logo, limitada pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência, devendo ser operacionalizada de molde a assegurar e respeitar tais princípios e objectivos últimos pelos mesmos propugnados ou prosseguidos.

IV. A definição dos requisitos não poderá ser feita em abstracto sem qualquer ligação ao contrato que se visa vir a outorgar na sequência do procedimento de formação aberto, devendo a mesma considerar e se ajustar ao objecto daquele contrato.

V. Na concretização de tais requisitos terão sempre de estar presentes para além das exigências de proporcionalidade, de necessidade e de adequação à luz do ulterior contrato também os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da protecção subjectiva dos potenciais concorrentes por forma a assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar.

VI. Revela-se como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínimo de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tem um valor estimado de cerca de 131.000,00 €.

VII. Tem se, também, como violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, e bem assim do n.º 3 do art. 165.º do CCP, a consagração no concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/recepção), de um requisito mínimo de autonomia financeira igual ou superior a 0,35 quando a execução do contrato tem a duração de nove meses e um preço base de 131.000 €.

VIII. Revela-se igualmente violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade a definição/exigência no «PC» quanto ao requisito de qualificação da capacidade técnica de potenciais concorrentes a detenção por estes dum número mínimo de vigilantes inscritos no MAI de 1000, em cada um dos últimos três anos e dos quais 75% pertençam aos quadros efectivos da empresa, quando a celebração do contrato de prestação de serviços de vigilância/recepção envolve apenas 14 instalações de saúde da área de Penafiel, Paredes e Costelo de Paiva que exigem cada 01 vigilante nos períodos e horários ali definidos, mostrando-se, eventualmente, suficientes 42 vigilantes.”

- Ac. TCAS, de 24.05.2018, Proc. N.º 1647/17.18ESNT:

“III. Existindo discricionariedade administrativa na fixação dos critérios de selecção e do requisito de capacidade financeira, a opção por outros critérios ou critérios menos exigentes noutros procedimentos não tem utilidade ou relevo no procedimento pré-



contratual em causa, pois os exemplos trazidos não esgotam o universo dos procedimentos pré-contratuais abertos tendo por objecto a prestação de serviços de segurança e vigilância, não sendo representativos do universo dos procedimentos abertos.

IV. A decisão que conhece da desproporcionalidade entre os requisitos de capacidade financeira e o objecto do procedimento pré-contratual, constitui uma questão de direito destinada a aferir da conformidade de uma norma das peças do procedimento com um princípio geral da actividade administrativa, o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição e com concretização normativa no artigo 7.º do CPA, traduzindo-se num controlo de legalidade e não de oportunidade do agir administrativo.

V. A fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos ao concurso, traduzindo-se no exercício de uma actividade discricionária, não é arbitrária, estando sujeito ao controlo de legalidade dos tribunais.

VI. Estão em causa requisitos mínimos que têm de ser preenchidos pelos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação, cuja fixação estabelece uma exigência técnica e/ou financeira que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência, assumindo-se como um fator de limitação da concorrência no caso de se estabelecer como requisitos mínimos exigências que não relevam para o objecto do contrato a celebrar ou que não sejam necessárias face à natureza das prestações contratuais a adjudicar, sendo inadequados ou desproporcionados.

VII. Podendo traduzir-se numa viciação das regras da concorrência ou ofender outros princípios, como os proporcionalidade e adequação, com reflexo na validade da respetiva decisão e da própria decisão de escolha do procedimento, merece a atenção da normatividade aplicável aos procedimentos da contratação pública, como decorre da alínea h), do n.º 1 do artigo 164.º do CCP.

VIII. O juízo de direito sobre o controlo da legalidade da fixação dos critérios de capacidade técnico-financeira dos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação incide sobre a legalidade aplicável, tendo por padrão normativo de referência o princípio da proporcionalidade e não encerra qualquer valoração própria do exercício do poder administrativo, baseado em critérios de conveniência e de oportunidade, não se socorrendo o Tribunal de valorações extrajurídicas ou juízos de (des)valor.

IX. Considerando os concretos termos das prestações contratuais e do contrato a executar, o contrato para prestação de serviços de segurança e de vigilância, pelo prazo

de um ano, com o valor base de € 257.000,00, muito inferior ao limiar da Diretiva 2014/24/UE, de € 750.000,00, a exigência como requisito mínimo de capacidade financeira dos candidatos, de que o capital próprio da empresa seja de, pelo menos, 40% do ativo líquido, constitui um excesso, é exagerada e violadora do princípio da proporcionalidade, na vertente da (des)necessidade.”

II – Apreciação dos requisitos de capacidade financeira declarados incorretamente julgados inválidos

Analisemos cada um dos requisitos, cujo proporcionalidade foi, incorretamente, posta em causa,

- Considerações prévias

- 30.** No caso sub judice, a opção pelo concurso limitada por prévia qualificação decorreu do objeto do contrato, o qual se encontra devidamente fixado no CE, ou seja, do valor da empreitada, da sua dimensão, da natureza e espécie dos trabalhos, complexidade de execução (mais do que 10 intervenções em vias de circulação de grande importância para o Município de São Vicente) e da necessidade de salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução do contrato e da necessidade de prevenir os graves e enormes transtornos e incómodos na vida e na normal e regular circulação da população e bens, decorrentes de atrasos e incumprimentos, muito característicos deste tipo de intervenções nas vias públicas.
- 31.** Importa ainda destacar a necessidade de salvaguardar o bom cumprimento das prestações de garantia, em virtude de os prazos máximos de garantia no contrato de empreitada em apreço atingirem os 5 e 10 anos.
- 32.** Por fim, ao contrário do que refere de modo simplista a douta sentença recorrida, apesar de os pagamentos terem uma periodicidade mensal (baseada em autos de medição), é relevante considerar que o **primeiro pagamento apenas ocorrerá no prazo máximo de 3 meses após o início da execução da empreitada**, em virtude de o prazo de pagamento das faturas ser de 60 dias, por força do disposto nos n.ºs 3 e 4 da cláusula 36.ª do CE, que fixam o seguinte:



"3. Os pagamentos a efetuar pelo dono de obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com o disposto na Cláusula 27.ª sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.

4. Ao abrigo dos n.ºs 3 e 4 do artigo 299.º do CCP o prazo de pagamento é de 60 dias após a entrada da respetiva da respetiva fatura nos serviços do Município de São Vicente, as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação a que se referem e desde que devidamente aceite pelo Diretor de Fiscalização da Obra."

33. Atendendo ao Plano de Pagamentos e ao Cronograma Financeiro, no terceiro mês da execução do contrato os custos previstos enfrentar pela cocontratante são de 210.042,19 € e no quarto mês são de 380.074,87 €.

34. O que significa que é efetivamente necessária o cocontratante deter uma forte e adequada capacidade financeira para enfrentar os custos decorrentes da execução de trabalhos durante, pelo menos, 3 meses ou 4 meses.

- Autonomia financeira média referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%

35. O Tribunal a quo descurou totalmente a ciência e as normas técnicas da análise dos rácios de gestão financeiros das empresas, revelando um profundo desconhecimento e/ou ignorando totalmente a sua razão de ser e finalidades.

36. O rácio de autonomia financeira indica a capacidade de uma empresa fazer face aos seus compromissos financeiros através dos seus capitais próprios.

37. Quanto maior for este rácio maior estabilidade financeira a empresa tem.

38. O valor considerado aceitável, em conformidade com as melhores regras da análise financeira, para efeitos de avaliação de riscos em análise financeira na gestão empresarial, para a generalidade das empresas situa-se entre os 30% e os 60%.

39. O valor exigido, atenta a realidade do setor da construção civil e as características do contrato de empreiteira sub judice, em especial no que respeita ao valor do contrato, aos custos previsíveis de arranque, à capacidade pretendida para assegurar a sua normal execução financeira, com inclusão das obrigações de garantia, é razoável e proporcional e está dentro do valor máximo recomendado.

40. Com foi supra mencionado a respeito da impugnação da matéria de facto, da leitura dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeira das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, elaborados e disponibilizados pelo IMPC, decorre que o requisito financeiro em apreço fica abaixo da média do quartil superior (valor a partir do qual se encontram 25% dos valores mais elevados = valor aos 75% da amostra ordenada = 75º percentil), na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas.

41. O que permite concluir pela existência de um significativo número (centenas) de potenciais candidatos ao presente procedimento e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.

Liquidez geral média referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 4,0

42. O rácio da liquidez geral mede a capacidade duma empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo (teste de solvabilidade de curto prazo).

43. Segundo os especialistas da matéria e dos manuais padrão, é conveniente que ultrapasse o valor de 100% e quanto mais elevado for mais capacidade financeira imediata a empresa demonstra possuir.

44. Na verdade, trata-se de um rácio importante para a execução das empreitadas públicas, especialmente por não ser usual efetuar aditamentos com a adjudicação e se tratar de contratos que implicam uma significativa afetação e alavancagem de recursos financeiros, como é o caso.



45. Das supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC, consta-se que em várias regiões dos pais, a média da liquidez geral das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018 e 2019, também, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 13, 14 e 15, juntos com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

46. O que permite, igualmente, concluir pela existência de um significativo número de potenciais candidatos e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.

- Solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020

47. O rácio de solvabilidade traduz a capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a médio e longo prazo, por recurso à sua estrutura de capitais próprios e deve ser lido em conjunto com os rácios de endividamento e autonomia financeira.

48. Trata-se de um rácio importante para analisar a sustentabilidade do empresa no que respeita à sua viabilidade e continuidade, devendo o mesmo ser superior a 100.

49. Um rácio muito baixo indicia uma fraca viabilidade da empresa no futuro e é sinónimo de elevada fragilidade económico-financeira; quando mais elevado for o rácio de solvabilidade melhor porque significa que o património da empresa é suficiente para cumprir com todas as suas dívidas e responsabilidades.

50. Este foi um rácio considerado essencial pela entidade adjudicante, tendo em conta a natureza da empreitada, o seu valor e a afetação de meios financeiros necessários para garantir a boa execução do contrato, e as necessidades de assegurar que a adjudicatária demonstrasse capacidade de manter a sua atividade e viabilidade a médio e longo prazo por forma a cumprir com as obrigações de garantia pelos prazos máximos (5 e 10 anos).

51. Existem empresas no mercado que cumprem com o valor mínimo exigido, facto que ficou demonstrado no presente procedimento, bem como da realidade das empresas do setor decorre, atenta a média deste rácio, que existem muitas

empresas no mercado que oferecem a estabilidade, sustentabilidade e viabilidade pretendida.

52. *No fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira não pôde a entidade adjudicante descurar as consequências no tecido empresarial da recente crise económica e financeira, em especial a devastação ocorrida no setor da construção civil, que arrastou para a insolvência uma relevante número de médias e grandes empresas de construção civil nunca antes visto, que é do conhecimento público, nem a instabilidade e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiros da pandemia da Covid 19, que provocam um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.*

53. *Não se pode descurar que o n.º 4 do art. 165.º do CCP manda que os requisitos de capacidade técnica e financeira sejam mais exigentes do que aqueles que presidem à concessão do alvará de construção.*

54. *É perspicuo que os requisitos de capacidade financeira fixada na PP do procedimento pré-contratual público sub judice são adequados, razoáveis e proporcionais, não discriminatórios e não beliscam nenhuma das normas legais e princípio jurídicos que norteiam o direito pré contratual público, em especial, os princípios da proporcionalidade, equilíbrio, igualdade, da economia, eficácia, eficiência, da concorrência e da prossecução do interesse público.*

Sem prescindir,

III – Da faculdade de equivalência do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira

55. *Atualmente, tendo em conta a redação do artigo 179.º do CCP, é manifesto que o Tribunal a quo desvalorizou a faculdade previsto na seu n.º 3 e sobrevalorizou os requisitos de capacidade financeira exigidos no que à sua relevância concorrencial diz respeito.*

56. *O Artigo 179.º, sob a epígrafe “Modelo simples de qualificação”, dispõe o seguinte:*



"1 - No caso de a qualificação não assentar no sistema de seleção, previsto no artigo 181.º, são qualificados todos os candidatos que preencham os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira.

2 Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiras entidades, a capacidade destas apenas aproveita àquele na estrita medida das prestações objeto do contrato a celebrar que essas entidades se comprometam a realizar.

3 - Exclusivamente para os efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira:

a) A apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo vi ao presente Código 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."

57. Esta possibilidade está expressamente consagrada no n.º 3 da cláusula 14.ª do PP e visa, precisamente, viabilizar a apresentação de candidaturas por candidatos que, eventualmente, não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade exigidos, sendo certo que tal possibilidade é inteiramente admissível no procedimento sub judice, por ter sido adotado o modelo simples de qualificação.

58. Ou seja, no presente procedimento de concurso limitado qualquer empresa que não preenchesse os requisitos mínimos de capacidade financeira poderia apresentar uma declaração bancária, conforme modelo do anexo VI ao CCP, considerando-se que tal equivaleria ao respetivo preenchimento para efeitos de qualificação.

59. Ora, as AA e quaisquer outras empresas que não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade financeira poderiam ser qualificadas mediante a apresentação da identificada declaração bancária, sendo certo que se os respetivos rácios financeiros não servissem para obter o referido documento pela banca, não é razoável impor ao R. qualificar e contratar com tais candidatos que tenham sido considerados iridóneos pelo setor bancário., em especial para



executar um contrato de empreitada com as características daquele que nos ocupa.

60. *É perentório que a possibilidade de fazer equivaler os requisitos mínimos de capacidade financeira através de uma declaração bancária, esvazio significativamente o peso dos requisitos no que aos preenchimento de condições especiais em procedimentos limitados.*

61. *Na caso em apreço, as AA. não alegaram, nem lograram alegar factos concretos demonstrativos da impossibilidade de obter a mencionada declaração.*

62. *Nesta conformidade, é inquestionável a conclusão de que os requisitos de capacidade financeiro sub judice são adequados à natureza das prestações objeto do contrato de empreitada a celebrar, tendo em conta a sua natureza, complexidade de execução (intervenção em mais do que 10 vias públicas municipais) expressão financeira, custos previsionais de alavancagem financeira no 3.º e 4.º primeiros meses de execução da empreitada, duração, com inclusão dos prazos de duração das obrigações de garantia e de que era viável lançar mãos da faculdade de proceder à respetiva equivalência.*

63. *Por fim, nada foi alegado na P.I, nem mencionado e provado na douta sentença sobre a violação do limite imposto à fixação de requisitos de capacidade financeira, previstas no n.º 4 do art. 165.º do CCP, sendo certo que os requisitos em apreço o não violam e a sua necessidade e adequação se encontra suficientemente fundamentada, conforme decorre das motivações do presente recurso.*

IV – Da não alegação de factos concretos e objetivos que permitem concluir pela violação dos princípios e normas aplicáveis à contratação pública

64. *É irrefutável que a conclusão da violação dos princípios da proporcionalidade, adequação, igualdade e concorrência pelos requisitos de capacidade financeira exigidos pelas als. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.º do PP, pressuponha que as AA. alegassem factos concretos e objetivos demonstrativos do excesso e de uma*

"restrição" injustificada da concorrência e que, consequentemente a douda sentença os acolhesse.

65. *Ora, compulsada, com toda a atenção, o conteúdo da douda P.t, bem como a fundamentação de factos e de direito da douda sentença, não se vislumbra a invocação e demonstração de factos suscetíveis de concluir pela violação dos princípios invocados, sendo certo que é insuficiente alegar genericamente a violação de princípios.*

66. *Com efeito, é consabido que o recurso ao concurso limitado tem por finalidade selecionar candidatas e não é apenas porque alguns candidatas ou operadores económicos não preenchem os requisitos de capacidade financeira fixados que ocorre a violação dos princípios da contratação pública.*

67. *Em boa verdade, os que os AA. alegaram e a sentença concluiu (em teoria e em abstrato, ou seja, sem apego a qualquer concreto factualidade) é que os requisitos são excessivos, desproporcionais e inadequados, sem invocar e demonstrar factos que permitam concluir que, no procedimento em causa, os mesmos são prevaricadores e, consequentemente ilegais.*

68. *O que decorre do que se vem alegando é precisamente o contrário, ou seja, os requisitos mínimos de capacidade financeira estão adequados ao contrato a celebrar e ao conteúdo de todas as suas prestações (principais e secundários/acessórias) e visam garantir a sua boa e regular execução, numa área de intervenção delicadíssima para a vida e segurança das pessoas bens e que, por conseguinte, se requer que seja de execução contínua, sem rícos de interrupções e atrasos e por operadores capazes de assegurar o cumprimentos dos prazo de garantias dos trabalhos a realizar.*

69. *Tudo isto sem descurar que as AA. poderiam ter feito equivaler o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira, opresentando a declaração bancária, conforme modelo VI ao CCP.*

70. *Por outro lado, comparar requisitos fixados para outros procedimentos é insuficiente, sobretudo porque cada entidade adjudicante, no seio da*

discrecionariiedade que lhe assiste, é livre de efetuar a ponderação das suas necessidades e de, em consequência, fixar os requisitos mais adequados, obviamente, com respeito pelos princípios jurídicos gerais e limites legais.

- 71.** *Em suma: os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados na Cláusula 14.ª do PP são adequados, são passíveis de serem cumpridos por um significativo número de empresas, tendo sido fixados por referência ao conteúdo do contrato a celebrar, aos deveres e sujeições por ele construídos, sendo totalmente legais e válidos.*

E) Conclusões

1. *O presente recurso de apelação tem por objeto a impugnação da matéria de facto e de direito incorretamente julgada pela douta sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal da Funchal a 08.07.2022, no processo de contencioso pré-contratual n.º 63/22.8BEFUN, que declarou inválidas as al. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do Programa do Procedimento (PP), e, consequentemente, anulou os termos subsequentes do procedimento, condenando a Entidade Demanda a reconstituí-lo sem cometer a alegada ilegalidade.*
2. *Os factos provados encontram-se melhor descritos nos pontos 1) o 15) do título II – Fundamentação de facto, de folhas 3 o 21, da douta sentença.*
3. *O recorrente considera que a douta sentença julgou incorretamente a matéria de facto por omissão, em virtude de não ter julgado provados factos relevantes e fundamentais para a boa decisão da causa, não obstante ser manifesta a existência de prova documental carreada para os autos com a contestação e com o requerimento apresentado a 19 05.2022.*
4. *Por conseguinte, considerado o R. que deveriam ter sido julgados provados pela Tribunal a quo os seguintes factos:*
 - i. *Dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeira das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, em virtude de ainda não se encontrar disponível o Relatório*



relativo ao exercício do ano de 2020, elaborados e disponibilizados no site do IMPC (<https://www.impc.pt>), constata-se que o requisito financeiro referente à **autonomia financeira** fica abaixo da média do quartil superior na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 10,11 e 12, que se encontram juntos com a Resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias), mais especificamente:

- No ano de 2017, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 63% na região do Alentejo, num universo de 734 empresas;
- 61% na região do Algarve, num universo de 1.376 empresas;
- 57% na região Centro, num universo de 4.855 empresas;
- 60% na região da AM Lisboa, num universo de 8.090 empresas;
- 60% na Madeira, num universo de 527 empresas;

61% nos Açores, num universo de 327 empresas (Vide doc. 10, junto com a resposta ao incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2018, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 66% na região do Alentejo, num universo de 754 empresas;
- 64% na região do Algarve, num universo de 1.460 empresas;
- 58% na região Centro, num universo de 4.976 empresas;
- 61% na região do AM Lisboa, num universo de 8.414 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 567 empresas;
- 60% nos Açores, num universo de 351 empresas (Vide doc. 11, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2019, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 65% na região do Alentejo, num universo de 792 empresas;
- 63% na região do Algarve, num universo de 1553 empresas;
- 59% na região Centro, num universo de 5236 empresas;
- 62% na região da AM Lisboa, num universo de 8993 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 584 empresas;
- 59% nos Açores, num universo de 392 empresas (Vide doc. 12, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).



ii. Das supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC, consto-se que em várias regiões dos país, a média da **liquidez geral** das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018 e 2019, também, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 13, 14 e 15, juntos com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias), mais concretamente:

- Em 2017 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 495% na região do Alentejo, num universo de 731 empresas;
- 412% na região do Algarve, num universo de 1.365 empresas;
- 357 % na região Centro, num universo de 4.841 empresas;
- 443 % na região da AM Lisboa, num universo de 8.047 empresas;
- 407 % na Madeira, num universo de 523 empresas (Vide doc. 13, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2018 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 469% na região do Alentejo, num universo de 747 empresas;
- 406% na região do Algarve, num universo de 1455 empresas;
- 355 % na região Centro, num universo de 4966 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8367 empresas;
- 444 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 14, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2019 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 463% na região do Alentejo, num universo de 786 empresas;
- 392% na região do Algarve, num universo de 1549 empresas,
- 359 % na região Centro, num universo de 5225 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8952 empresas;
- 357 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 15, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

iii. Na que respeito às condições de pagamento dispõe os n.ºs 3 e 4 da cláusula 36.º da CE a seguinte: "3. Os pagamentos a efetuar pelo dono de obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com o disposto na Cláusula 27.º sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.



- iv. *Do Plano de Pagamentos e do Cronograma Financeiro decorre que no terceiro mês da execução do contrato, os custos previstos serem enfrentados pelo cocontratante são de 210.042,19 e no quarto mês são de 380.074,87 €.*
- v. *No n.º 3 da cláusula 14.ª do PP encontra-se prevista a seguinte faculdade: "3. Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP)."*
5. *A prova dos factos i. e ii. supra assenta em prova documental de natureza pública e credível, elaborada e disponibilizado pelo IMPIC.*
6. *A prova dos factos iii. a v. decorre do conteúdo do CE, do PP e dos documentos da proposta, mais especificamente do Plano de Pagamentos e do Cronograma Financeiro e a dos factos vi. e vii da decisão de adjudicação e do contrato de empreitada, entretanto juntos aos autos, com o requerimento apresentado a 19.05.2022.*
7. *A dita sentença é nula porque padece do vício de falta de fundamentação, previsto no al. b) do n.º 1 do art. 615.º do CPC, aplicável subsidiariamente, por força da remissão operada pelo art. 1.º do CPTA.*
8. *Com efeito, é óbvio que a sentença é vaga e não fundamenta objetivamente, com factos concretos, em que medida os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos nas als. c), d) e e) do n.º 1 da Clausula 14.ª do P são ilegais, limitando-se, à semelhança das AA. na sua P.I, a concluir que são desproporcionais e violam o princípio da concorrência.*
9. *Na verdade, ficamos sem perceber porque razão tais requisitos são desproporcionais e desadequados e em que medida foram excluídos potenciais concorrentes desnecessariamente e/ou violado o limite previsto no n.º 3 do art. 165.º do CCP.*
10. *Em síntese: o Tribunal a quo foi à boleia da vaguidade da causa de pedir alegada pelas AA., limitando-se a concluir sem nada fundamentar o que é óbvio no tipo de procedimento de concurso público limitada por prévia qualificação: limitar a participação no procedimento a operadores económicos que preenchem condições especiais de participação.*
11. *A matéria de direito está reduzida à seguinte questão: Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas als. c), d) e e) do n.º 1 da*

cláusula 14.ª do PP violam os princípios da proporcionalidade e da concorrência?

12. A resposta certo só pode ser negativo

13. Na atual quadro legal as entidades adjudicantes gozam de discricionariedade na decisão de escolha do tipo de procedimento, em particular na opção entre um concurso público e um concurso limitado por prévia qualificação (artigos 18.º, al. b) do art. 19.º e art. 38.º do CCP), bem como na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (al. h) do n.º 1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).

14. Veja-se neste sentido a doutrina sufragada por Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª ed., vol. 1, Almedina, 2018, pg. 746. 749 e 751, onde, numa boa sentisse se refere que "(...). Trata-se, certamente, de um poder discricionário, logo materializado na escolha de um modelo de procedimento que inclui aquela fase, e que, a seguir, se estende à própria formulação de requisitos, pois, à entidade adjudicante é concedida a faculdade de formular os requisitos mínimos que reputa necessários e adequados para se assegurar quanto à boa execução do contrato."

15. Na mesma linha no Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dgsi.pt, sumariou-se o seguinte entendimento:

"I - O concurso limitado por prévia qualificação encontra-se legalmente previsto nos artigos 162.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e compreende duas fases: a fase de apresentação de candidaturas e de qualificação dos candidatos; e a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

II - Por força do preceituado nos artigos 164.º e 165.º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante tem, no âmbito da sua margem de livre decisão, de estabelecer quais os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira para a boa execução do contrato a celebrar, estando, no entanto, sempre vinculada aos limites decorrentes da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.

III - É da Administração o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa.

IV - O facto provado de haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal, mas é um índice a considerar pelo juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa."

16. No caso sub judice os poderes discricionários do Recorrente, enquanto entidade adjudicante, foram exercidos com total respeito pelos princípios da proporcionalidade e concorrência.

17. Na verdade, a realidade destes autos em nada tem a ver com os casos em que o Tribunal sentiu necessidade de balizar a liberdade de decisão da Administração Pública, designadamente através do Ac. TCAN, de 25 de Março de 2010, Proc. 1257/09, cujo sumário é o seguinte:

"VI. Revela-se como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínimo de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tem um valor estimado de cerca de 131.000,00 €.

VII. Tem-se, também, como violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, e bem assim do n.º 3 do art. 165.º do CCP, a consagração no concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/recepção), de um requisito mínimo de autonomia financeira igual ou superior a 0,35 quando a execução do contrato tem a duração de nove meses e um preço base de 131.000 €.

VIII. Revela-se igualmente violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade a definição/exigência no «PC» quanto ao requisito de qualificação da capacidade técnica de potenciais concorrentes a detenção por estes dum número mínimo de vigilantes inscritos no MAI de 1000, em cada um dos últimos três anos e dos quais 75% pertençam aos quadros efectivos da empresa, quando a celebração do contrato de prestação de serviços de vigilância/recepção envolve apenas 14 instalações de saúde da área de Penafiel, Paredes e Castelo de Poiva que exigem cada 01 vigilante nos períodos e horários ali definidos, mostrando-se, eventualmente, suficientes 42 vigilantes."

E do Ac. - Ac. TCAS, de 24.05.2018, Proc. N.º 1647/17.1BESNT:

"IX. Considerando os concretos termos das prestações contratuais e do contrato a executar, o contrato para prestação de serviços de segurança e de vigilância, pelo prazo de um ano, com o valor base de € 257.000,00, muito inferior ao limiar da Diretiva 2014/24/UE, de € 750.000,00, a exigência como requisito mínimo de capacidade financeira dos candidatos, de que o capital próprio da empresa seja de, pelo menos, 40% do ativo líquido, constitui um excesso, é exagerada e violadora do princípio da proporcionalidade, na vertente da (des)necessidade."



18. No procedimento sub judice está em causa um contrato de empreitada que tem por objeto a reparação de pavimentos betuminosos com as seguintes principais características:

- a) Reparação do pavimento de mais do que 10 vias de circulação do Concelho de São Vicente, algumas das quais constituem vias de grande relevância e importância para a circulação de pessoas e bens, num total de mais de 67.000 m²;
- b) O preço base da empreitada é de 2.750 312,34 €;
- c) O prazo de execução dos trabalhos é de 365 dias;
- d) A periodicidade dos pagamentos é mensal, com base em autos de medição, e o prazo de pagamento das faturas é de 60 dias.
- e) Até ao 3.º mês a previsão de custos a enfrentar pelo empenheiro é de 210.042,19 € e no 4.º mês é de 380.074,87 €;
- f) As obrigações de garantia são de 5 e 10 anos.

19. Do alegado decorre que estamos perante um contrato de complexa execução, atenta à quantidade de vias de circulação e de m² que é necessário reparar e à respetiva dispersão, de grande expressão financeira e com prazos de execução e de garantia alargados que impõem especiais preocupações.

20. Por sua vez, é do conhecimento público que as intervenções nas vias públicas de circulação acarretam especiais necessidades de salvaguarda e proteção do interesse público com vista a prevenir e evitar os graves transtornos e incómodos para a vida e regular e normal circulação de pessoas e bens, que lamentável e frequentemente estão associadas a este tipo de intervenções.

21. O Tribunal a quo descurou e/ou ignorou completamente a ciência e as normas técnicas padrão aplicáveis à análise dos rácios de gestão financeira das empresas, nomeadamente na que respeita à sua razão de ser e finalidades.

22. A autonomia financeira visa assegurar que a empresa tem capacidade para fazer face aos seus compromissos financeiros através dos capitais próprios.

23. Quanto maior for o rácio de autonomia financeira, maior será a estabilidade da empresa, devendo o valor aceitável e recomendado pelos especialistas situar-se entre os 30% e os 60%.



24. O valor exigido de 60% está dentro dos limites recomendados e está abaixo da média do quartil superior de um grande e significativo número de empresas de construção civil da esmagadora maioria das regiões do país, conforme decorre dos factos a julgar provados, melhor descritos no item i. do ponto 4 das presentes alegações de recurso.
25. Por sua vez, o rácio de liquidez geral mede a capacidade da empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo.
26. De acordo com a prudência, quanto maior for o rácio da liquidez geral, a qual é recomendável que seja superior a 100%, maior é a capacidade da empresa fazer face aos compromissos de curto prazo.
27. Dos factos a julgar provados, melhor descritos no item ii. do ponto 4 supra, é facilmente perceptível que o limite mínimo exigido pelo PP é atingido pelas empresas situadas no quartil superior, também, em relação à esmagadora maioria das regiões do país, no que respeita aos anos de 2017 a 2019.
28. O que significa que são milhares as empresas que cumprem com o percentagem mínima exigida.
29. Por fim, o rácio de solvabilidade corresponde à capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a médio e longo prazo com recurso à sua estrutura de capitais próprios
30. É com base neste rácio que se consegue apurar qual a sustentabilidade da empresa no que concerne à sua viabilidade e continuidade.
31. Por conseguinte, quanto mais elevado for o rácio de solvabilidade, maior é a sustentabilidade e viabilidade da empresa e a sua capacidade de honrar as suas dívidas e responsabilidades; quanto menor for, maior é a sua fragilidade.
32. Ora, nas empreitadas este rácio deve ser elevado, porque, para além da elevada expressão financeira que caracteriza muitos dos contratos, como é o caso, é muito importante acautelar que a empresa adjudicatária é sustentável e oferece condições de continuidade da atividade, designadamente para cumprir com as obrigações de garantia de obra, que perduram, como é de lei por 5 e 10 anos.

Sem prescindir,

33. Perante a atual redação do n.º 3 do art. 179.º do CCP, a relevância dos requisitos mínimos de capacidade financeira, como condições especiais

7
A
G
X
ol.
h



de selecção, foi severamente reduzida, tornando-se praticamente inócua do ponto de vista da qualificação e concorrencial.

34. Na verdade, ao se prever que equivale aos preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira a apresentação de uma declaração bancária, que tem a natureza de uma carta de conforto e de compromisso de disponibilização dos meios financeiros necessários para o adjudicatário enfrentar os custos de execução financeira do contrato, relegou-se os requisitos mínimos de capacidade financeira para um segundo plano, que de modo algum pode comprometer a qualificação das empresas em procedimentos pré contratuais, designadamente referentes a contratos de empreitada, cuja expressão financeira tenha uma significativa relevância.
35. Por conseguinte, a Tribunal a quo ao descurar e ao ignorar que as AA. poderiam ter feito uso desta faculdade ou, pelo menos, que nada alegaram (para além de uma infundada impossibilidade de obter a declaração dentro do prazo fixado com respeito pelos limites previstos no CPP para apresentar a candidatura) para demonstrar que estavam impedidas ou impossibilitadas, por qualquer razão atendível e razoável, de recorrer à mencionada faculdade de equivalência, errou e decidiu mal.
36. Na verdade, as empresas que não reúnem condições para fazer equivaler a preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeiras, através da apresentação da declaração bancária, também, por igualdade de razão, não devem ser consideradas idóneas para assumir perante as entidades adjudicantes as obrigações que emergem dos contratos públicos a celebrar, sob pena de se compactuar com uma clamorosa incongruência.
37. Quanto a esta questão resta alegar que as AA. não podiam ignorar tal faculdade porque, para além de resultar de uma norma legal, foi expressamente consagrada no n.º 3 da Cláusula 14.ª do PP.
38. Nesta conformidade, no procedimento em apreço, qualquer empresa que não preenchesse os adequados e necessários requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no PP ou noutros termos, poderia candidatar-se, apresentando, em alternativa ao respetivo preenchimento, a declaração bancária, em conformidade com o modelo de declaração a que corresponde o anexo VI do CCP.
39. Em suma: os requisitos de capacidade financeira exigidos nas als. c), d) e e) do n.º 1 da Cláusula 14.ª do CCP são totalmente válidos, na medida em

Handwritten signatures and initials in blue ink, including a large stylized 'A' and several smaller marks.



que correspondem ao exercício de um verdadeiro poder discricionário, são adequadas, necessários e proporcionais, tendo por referência à natureza das prestações objeto do contrato e a salvaguarda do interesse público subjacente à boa e regular execução do mesmo que a entidade adjudicante pretende tem todo o direito em acautelar, sendo certo que o respetivo preenchimento poderia ter sido, em alternativa, feito equivaler mediante a apresentação de uma declaração bancária.

F) Normas e princípios jurídicos violados:

Ao julgar a ação procedente, a douda sentença violou as seguintes normas e princípios jurídicos:

- Al. h) do n.º 1 e o n.º 4 do art. 164.º do CCP;
- a al. a) do n.º 3 do art. 179.º do CCP;
- O princípio da proporcionalidade e da concorrência, consagrados no n.º 1 do art. 1.º-A do CCP.
- O princípio da prossecução do interesse público, da boa administração, da justiça e da razoabilidade, consagrados nos artigos 4.º, 5.º e 8.º do CPA;
- O princípio da separação de poderes, porque configura uma intromissão injustificada do poder judicial no poder de boa administração."

➤ Acórdão do TCAS, datado de 09.12.2023, Proc. 63/22.8BEFUN (Doc. 3), cuja fundação relevante aqui se reproduz:

"Tal como resume a Recorrente o julgamento do erro sobre a matéria de Direito está reduzida à seguinte questão: os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas als. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.º do PP violam os princípios da proporcionalidade e da concorrência?

O Tribunal a quo respondeu afirmativamente, do que discorda a Recorrente. É inquestionável que a entidade adjudicante é "livre" de escolher o procedimento a adoptar (artigo 18.º do CCP), de entre o ajuste directo, a consulta prévia, o concurso



pública ou o concurso limitado por prévia qualificação.

No caso em apreço, o procedimento escolhido pela Recorrente, ao abrigo do art. 18.º do CCP, foi o concurso limitado por prévia qualificação que assentou no modelo simples de qualificação, estando conforme ao CCP (cfr. arts 162.º e ss.) e ao disposto nos artigos 56.º, 58.º, 60.º, 63.º e o Anexo II, da Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02/2014, relativa aos contratos públicos.

No actual quadro legal as entidades adjudicantes gozam de discricionariedade na decisão de escolha do tipo de procedimento, bem como na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (al. h) do n.º1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).

Nessa medida foram no Programa de Procedimento (PP), estabelecidos os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatas (cláusula 13º) e fixados os requisitos mínimos de capacidade financeira (cláusula 14º).

O que vale por dizer que a Recorrente (Município) tinha, logo a partida, o poder de afastar uma parte dos potenciais interessados ao concurso, não só através do modelo de procedimento escolhido como da eleição dos mencionados requisitos. O que a obrigava a usar esse poder de forma criteriosa e fundamentada pois que, se o não fizesse, poderia incorrer na violação dos princípios gerais que enformam a actividade administrativa, maxime dos princípios da concorrência, da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade (arts 3.º a 10.º do CPA) e dar azo a uma anulação do procedimento.

Assentou o Tribunal a quo: "considerando que o objeto do presente contrato é uma empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do concelho de São Vicente, que a mesma terá uma duração máxima de 365 dias, que o pagamento será efetuado mensalmente pela dono-da-obra em função do determinado nas medições mensais e que, portanto, não é necessário um investimento avultado (nem a contrário foi alegado), e ainda que o preço base da mesma seja de 2 750 312, 34€".

Então, "a capacidade financeira exigida na cláusula 14º do programa do procedimento, em termos de autonomia financeira média, liquidez geral média e solvabilidade geral" se revela "desnecessária e excessiva (ou seja, desproporcional), face à natureza e ao conteúdo das prestações a adjudicar no âmbito do procedimento objeto do presente litígio, com a consequência de ser desfavorável para a concorrência em virtude de afastar do concurso quem não satisfaça esse grau mínimo de capacidade financeira".

Entendimento que será de infirmar, como desenvolveremos de seguida.



contrato. Neste caso, a lei abstém-se de enunciar, de forma explícita, um critério de orientação de que as entidades adjudicantes se possam servir no processo de definição de requisitos mínimos e também é omissa quanto aos elementos de referência que elas podem exigir para demonstração da capacidade financeira.

Para colmatar essas insuficiências da CCP, pode mobilizar-se o artigo 58º, nº 3 da Diretiva 2014/24, que, depois de indicar, em geral, que as autoridades adjudicantes podem impor requisitos destinados a assegurar que os operadores económicos disponham da capacidade económica e financeira para executar o contrato, acrescenta que, para esse efeito, as autoridades adjudicantes podem exigir, nomeadamente que os operadores económicos tenham um (i) determinado volume de negócios anual mínimo, designadamente no domínio abrangido pelo contrato ou (ii) que forneçam informações sobre as suas contas anuais, apresentando, por ex., o rácio entre ativos e passivos (...). Assim, nos termos da lei, as entidades adjudicantes podem estabelecer os requisitos de capacidade financeira (os indicados na Diretiva nos termos que vimos, ou outros) que se revelem adequadas em função do objeto do contrato a celebrar e proporcionados em função do valor deste".

A norma em discussão, a Cláusula 14ª do PP, onde se definem os requisitos mínimos, de capacidade financeira, prevê:

"1. Apenas são admitidos os candidatos que cumpram cumulativamente os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira. No caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira:

a) Um resultado líquido positivo a data de 31 de dezembro de 2020;

b) Um volume de negócios médio (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00EUR, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa do Procedimento;

c) **Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;**

d) **Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;**

e) **Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, a data de 31 de dezembro de 2020.**

2. O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira



será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15ª.

3. Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º da CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI da CCP (Anexo 7 ao presente PP). (d/n)".
Como se aludiu, o programa do concurso pode indicar requisitos mínimos de capacidade financeira, sujeitos ao limite previsto no n.º 3 do artigo 165.º da CCP. Requisitos relativos ao volume de negócios "não podem exceder o dobro do valor do contrato (...) e devem reportar-se a aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar".

A propósito do citado art. 165º, nº 3, diz-nos Pedro Gonçalves "O preceito define um limite concreto e taxativo ao poder de que as entidades adjudicantes dispõem para formular, em geral, os requisitos mínimos da capacidade financeira. Mas fá-lo de forma incorreta. Na verdade, um limite que se traduz em os requisitos mínimos da capacidade financeira não poderem exceder o dobro do contrato não se adapta à formulação de quaisquer requisitos de capacidade financeira. De resto, é apenas em relação ao requisito de volume de negócios que o limite se encontra estabelecida no artigo 58º, nº3, 2º par., da Directiva 2014/24: aqui se estabelece que o "volume de negócios anual mínimo que é exigido ao operadores económicos não pode exceder o dobro do estimado do contrato, salvo em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza dos obras, serviços ou a fornecimentos" (assim, se o contrato tiver um valor estimado de 2,5 milhões de euros a entidade adjudicante pode definir como requisito mínimo de capacidade financeira que os candidatos tenham um volume anual mínimo de 5 milhões de euros)" - in obra citada, p. 742.

O presente dissídio assenta apenas nas exigências prescritas nas citadas alíneas c), d) e do nº1 da Cláusula 14ª do PP, concretamente:

- Autonomia Financeira média (média aritmética) referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020: igual ou superior a 60% (alínea c);
- Liquidez Geral média (média aritmética) referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020: igual ou superior a 4,0 (alínea d);
- Solvabilidade Geral Positiva: igual ou superior a 200% (alínea e).

Densificando tais requisitos/conceitos:

i. *Autonomia financeira de 60% nos últimos 3 anos:* significa que o candidato possui uma base sólida de recursos próprios, que o capital próprio representou, em média, 60% do total do activo nesse período.

ii. *Solvabilidade Geral Positiva: igual ou superior a 200%:* mede a capacidade da empresa de pagar as suas obrigações a longo prazo. Ou seja, a empresa possui activos suficientes para cobrir pelo, menos duas vezes, o valor total das suas obrigações no longo prazo.

iii. *Liquidez Geral média (média aritmética) referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0:* representa a medida de capacidade da empresa de pagar as suas obrigações de curto prazo. A empresa tem activos líquidos para cobrir apenas 4% do total das suas obrigações no curto prazo.

Em suma, exige-se, pois, que a empresa candidata tenha uma boa base sólida de recursos próprios (autonomia financeira de 60%) e uma boa capacidade de cumprir as suas obrigações no longo prazo (solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200%). Sendo que foi considerado uma baixa liquidez geral (4%).

Neste contexto, não se vislumbra que tais requisitos mínimos se revelem desproporcionadas ou desnecessários face ao contrato a celebrar, obra pública cuja preço base é de €2.750.312,42.

Ademais, os requisitos mínimos foram perfeitamente justificados como consta do Relatório Final,

"(...) 2.4 Os requisitos mínimos de capacidade financeira estipulados na cláusula 14.ª do Programa do Procedimento foram os requisitos que a Município de São Vicente considerou como adequados, proporcionais e justos visando uma seleção de concorrentes capazes de mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o bom e integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar, conforme estipulado no n.º3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação; Se não vejamos, 2.5. A crise económica e financeira que conduziu ao PAEF afetou especialmente o sector da construção civil, tendo deixado um rasto de insolvências de empresas de construção civil, algumas das quais consideradas grandes e médias empresas; 2.6. Atualmente, vivemos uma época de instabilidade e insegurança, causadas pelos efeitos económicos e financeiros da pandemia, cuja impacto nos preços dos materiais pode

provocar problemas de cumprimento às empresas em situação de vulnerabilidade; 2.7. Foram por estas razões que a Câmara Municipal de São Vicente ao fixar os requisitos mínimos de capacidade financeira constantes do Programa do Procedimento procurou unicamente garantir a boa e regular execução do contrato, principalmente face a sua dimensão que se repercute por todo o Concelho de São Vicente, com grandes reflexos na vida do dia-a-dia dos munícipes por os riscos de incumprimentos serem suscetíveis de causar graves inconvenientes e prejuízos na circulação de pessoas e bens,

2.8. A Câmara Municipal de São Vicente quis assegurar com um grau de certeza e razoabilidade que selecionaria um candidato com aptidão e idoneidade para executar a obra em questão, pelo que procurou garantir que não seria confrontada com uma empresa a contratar sem capacidade (financeira e técnica) e que pudesse apresentar um cenário de dificuldades financeiras, com riscos de se repercutir na boa execução do contrato, gerando, com isso, consequências graves e transtornos para a entidade adjudicante Câmara Municipal de São Vicente,

2.9. Além de que num cenário de incumprimento de contrato por falta de capacidade financeira, todo o concelho de São Vicente seria também afetado uma vez que as intervenções desta empreitada são executadas em vários arruamentos do Concelho pelo que, nessa hipótese, provocaria adversidades, contrariedades e prejuízos no âmbito da população e circulação concelhia provocada pelas obras suspensas/paradas;

2.10. Relativamente aos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no Programa do Procedimento, foi exigido um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020, o que se considera completamente normal;

2.11. Foi exigido um volume de negócios médio (média aritmética), referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, o que não excede o dobro do valor do contrato, em observância do disposto no n.º 3 do art.º 165 do CCP;

2.12. Relativamente à autonomia financeira média (média aritmética) exigida, referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, não é excessiva e é aquela que a Câmara Municipal de São Vicente considerou oferecer garantias de estabilidade, tendo em conta o colapso e o rasto de insolvências no sector da construção civil nas últimas anos, bem como por ser especialmente necessário, atenta a natureza e objeto da empreitada, evitar riscos de incumprimentos suscetíveis de causar graves transtornos à normal e



regular circulação de pessoas e bens;

2.13. A liquidez geral média (média aritmética) exigida referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 não é desproporcional e a exigência de solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200% a data de 31 de dezembro de 2020 também não é excessiva atentos os fins de interesse público que urge com a boa execução da empreitada”.

Ora, nenhum destes argumentos foi refutado pelas Autoras/Recorridas, em sede de petição inicial, designadamente explicitando, para que o Tribunal o pudesse analisar, de que forma os sobreditos requisitos plasmados nas alíneas c), d) e) da nº 1 da Clausula 14ª colidiam com o princípio da proporcionalidade ou da concorrência, sendo certo que, pelas características do procedimento em análise sempre teriam de ser afastados por quem não satisfaça o grau mínimo de capacidade financeira que a entidade administrativa, no exercício das suas prerrogativas, entendeu definir no presente procedimento como requisitos mínimos de capacidade financeira para o melhor forma prosseguir o interesse público.

Alegam as Recorridas que tais requisitos seriam impossíveis de atingir.

Todavia, confrontando os Relatórios Preliminar e Final, verifica-se que uma das empresas que compõe o agrupamento, a Farrobo - Sociedade de Construções S.A, demonstrou quanto ao requisito de autonomia financeira uma média de 69,02% e quanto ao requisito de solvabilidade geral positiva indicou 204,71%- vide ponto 12 e 14 do probatório.

Donde se extrai que, no caso em apreço, inexistem razões para desconsiderar as citadas alíneas da cl. 14ª, atentos os riscos associados à execução do contrato e da importância de um efectivo e cadenciado cumprimento do contrato de empreitada a realizar; considerando que o objecto do procedimento consiste na empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários caminhos, estradas e ruas que integram a rede viária do Município de São Vicente, mais concretamente:

- (i) Estrada da Serra d'Água Fajã da Peneda, Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;
- (ii) Caminho dos Currais - Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;
- (iii) Cominho da Eira - Lameiros - Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (iv) Caminho do Ribeirinho - Freguesia da Boaventura, Concelho de São



Vicente;

- (v) Estrada dos Lameiros - Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (vi) Estrada Municipal Padre José Teixeira Marques - Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (vii) Estrada das Lombadas - Freguesia da Ponta Delgada, Concelho de São Vicente;
- (viii) Cominho da Ribeira Grande, Freguesia e Concelho de São Vicente;
- (ix) Rua Dr. Horácio Bento Gouveia, Freguesia da Ponta Delgada, Concelho de São Vicente;
- (x) Pavimentações diversas no concelho. (Vide cláusula 1.ª do CE).

Em conformidade com a Lista de Quantidades original, antes da respetiva retificação na sequência da revisão do projeto de execução, a quantidade de total de m² da empreitada era de cerca de 70.000 m².

Factores que justificam uma maior criteriosa escolha no que concerne à capacidade e estabilidade financeira do futuro adjudicatário, tal como entendeu a Recorrente e que não foi afastado de modo justificado ou convincente por parte das Autoras/Recorridas.

Por outro lado, prescreve o artigo 179.º, da CCP sob a epígrafe "Modelo simples de qualificação", seguinte:

1 - No caso de a qualificação não assentar no sistema de seleção, previsto no artigo 181.º, são qualificados todos os candidatos que preencham os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira.

2 - Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiros entidades, a capacidade destes apenas aproveita àquele na estrita medida das prestações objeto do contrato a celebrar que essas entidades se comprometam a realizar.

3 - Exclusivamente para os efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira:

a) A apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo vi ao presente Código 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, emitida pela entidade que exerça a supervisão bancária nesse Estado. (d/n).

Donde, sempre poderiam as Autoras/Recorridas, fazer uso do disposto no n.º 3 da



Cláusula 14.ª do PP, que corresponde à citada al. a) do n.º 3 do art. 179.º do CCP, que constitui um meio alternativo a quem não conseguisse demonstrar as condições mínimas prescritas no n.º 1, da Cl.ª 14.ª, ou seja, cuja finalidade é exactamente a de possibilitar a apresentação de candidaturas por candidatas que, eventualmente, não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade exigidos, sendo certo que tal possibilidade é inteiramente admissível no procedimento sub iudice, por ter sido adoptado o modelo simples de qualificação

Ou seja, no presente procedimento de concurso limitada qualquer empresa que não preenchesse os requisitos mínimos de capacidade financeira poderia apresentar uma declaração bancária, conforme modelo da anexo VI ao CCP, considerando-se que tal equivaleria ao respetivo preenchimento para efeitos de qualificação.

O que significa que perante esta via alternativa de preencher os requisitos mínimos de capacidade financeira, as Recorridas/ Autoras, ou outras empresas que não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade financeira poderiam ser qualificadas mediante a apresentação da identificada declaração bancária. Nem as Recorridas/Autoras alegaram, nem lograram provar, factos concretos demonstrativos da impossibilidade de obter a mencionada declaração.

Por último, atenta a consolidação das outras causas subjacentes a decisão de exclusão das Recorridas/Autoras, porquanto a sentença sub iudice considerou que não padecia das ilegalidades por si imputadas, sempre se manterio o acto de exclusão independentemente da (i)legalidade das citadas alíneas c), d) e e) do Cláusula 14.ª do PP.

Termos em que será de conceder provimento ao presente recurso, revogar a sentença recorrida, na parte em que declarou a ilegalidade da cláusula 14.ª, n.º 1, al. c), d) e e) do Programa do Procedimento, anulando os termos subsequentes do procedimento e condenou a Recorrente/Entidade Demandada a reconstitui-lo sem reincidir na dita ilegalidade E, em consequência, julgar a acção totalmente improcedente.”

➤ **Contra-alegações do recurso de revista (Vide doc. 4):**

“O Município de São Vicente, na qualidade de R./recorrido, vem, na sequência da interposição do recurso de revista do douto Acórdão proferido a 09.11.2023 pelo Tribunal



Central Administrativo Sul, apresentar as suas CONTRA- ALEGAÇÕES, com base nos seguintes fundamentos:

B) Da impossibilidade ou inutilidade superveniente da lide

1. O procedimento de concurso público limitado por prévia qualificação objeto dos presentes autos e o consequente contrato, entretanto celebrado, por força do trânsito em julgado do Acórdão N.º 2/2023 do Tribunal de Contas, que manteve a decisão de recusa do visto proferida pela Secção Regional do Tribunal de Contas da Madeira, invocado pelas recorrentes nas suas alegações de recurso, foi extinto, tendo o contrato cessado a sua vigência, sem que tenha produzido quaisquer efeitos.
2. Com efeito, na sequência da recusa do visto ao contrato de empreitada que havia sido celebrado na sequência do procedimento pré contratual objeto dos presentes autos pelo TC, o Município de São Vicente decidiu lançar um segundo procedimento de concurso público limitado por prévia qualificação, exatamente com o mesmo objeto, tendo, por coincidência, a adjudicação recaído sobre a proposta das recorrentes Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas S.A e Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A, em consórcio.
3. Razão pela qual, no passado dia 05.12.2023 foi celerado o contrato de empreitada (Vide doc. 1), encontra-se a ser instruído o processo para obtenção do visto prévio pela Secção Regional do TC da Madeira.
4. Do alegado resulta ser inequívoco que ocorreu uma impossibilidade ou inutilidade supervenientes da lide.
5. A impossibilidade ou inutilidade superveniente da lide consubstancia uma causa de extinção da instância, prevista na al. e) do art. 277.º do CPC, aplicável ex vi art. 1.º do CPTA.
6. Nesta conformidade, impõe-se no caso sub judice extinguir a instância para obstar à pendência de causas inúteis e sem efeitos práticos.

Sem prescindir,

C) Da Inadmissibilidade do recurso de revista

7. No caso em apreço não estão preenchidos os pressupostos para a admissibilidade do recurso de revista, previstas na n. 1 do art. 150.º do CPTA.
8. Com efeito, não foi suficientemente fundamentado nas alegações que está em causa uma questão com relevância jurídica ou social que justifique a intervenção (excecional) deste Venerando Supremo Tribunal Administrativo, nem que “a admissão do recurso é claramente necessária para uma melhor aplicação do direito”.
9. A questão em apreço de saber se os requisitos de capacidade financeira fixados nas al. c), d) e e) da cláusula 14.ª do PP violam ou não os princípios da proporcionalidade e da concorrência, não se reveste de relevância jurídica e social, trata-se de uma questão jurídica comum, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista social.
10. Por outro lado, atenta a sublime fundamentação de direito do acórdão recorrido não se vislumbra uma excecional necessidade de apreciar o apontada questão para uma melhor aplicação do direito (atenta a factualidade assente).
11. Por conseguinte, deve o recurso de revista ser rejeitado por ser evidente a falta de verificação dos pressupostos justificativos da sua admissão.

Continuando sem prescindir

D) Apreciação do Recurso

12. O presente recurso de revista tem por objeto uma única questão, mais concretamente:

Os requisitos de capacidade financeira previstos nas al. c) (Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%), d) (liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0) e e) (Solvabilidade geral positiva, igual ou



superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020) violam os princípios da proporcionalidade e da concorrência?

C-1) Factos considerados provados

13. Na douta sentença do TAF foram considerados provados os factos, melhor descritos nos pontos 1) a 15) do título II – Fundamentação de facto, de folhas 3 a 21, da douta sentença, os quais foram mantidos/confirmados pelo Acórdão recorrido, nos seguintes termos.

“

16) Por deliberação unânime da Câmara Municipal de São Vicente, registado com o n.º 32/2022, foi aprovada a “proposta de decisão de contratação – Concurso Limitado por Prévia Qualificação de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais - 2022”, na qual consta, entre o mais, o seguinte: “(...) A-2. Adjudicação por Lotes

A adjudicação não será efetuada por lotes.

Fundamentação:

A não adjudicação por lotes é efetuada ao abrigo do disposto da parte final das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP, mais concretamente, do facto de a separação da reparação dos vários arruamentos causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante, designadamente decorrentes do aumento de custos, bem como por a gestão de um só contrato se revelar mais eficiente para efeitos de controlo de boa execução dos trabalhos, bem como para a fiscalização da empreitada (...)” (cfr. documento designado de “05_PROPOSTA_DECISAO_CONTRATAR.pdf” constante do processo administrativo, doravante p. a., cujo teor se considera integralmente reproduzido).

17) No seguimento do referido em 1), a Entidade Demandada lançou o concurso limitado por prévia qualificação para celebração de um contrato de empreitada de obras públicas para “Reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do concelho de São Vicente – 2022” (cfr. anúncio de procedimento n.º 1781/2022, publicado no Diário da República, II Série, n.º 31, de 14 de fevereiro de 2022).



18) O prazo para apresentação das candidaturas ao procedimento mencionado em 2) era até às 23:59 do 6.º dia a contar da data de envio do respetivo anúncio (cfr. anúncio de procedimento n.º 1781/2022, publicado no Diário da República, II Série, n.º 31, de 14 de fevereiro de 2022).

19) O concurso aludido em 2) tem como programa do procedimento o documento "07_PROGRAMA_PROCEDIMENTO.pdf" e como caderno de encargos o "08_CADERNO_DE_ENCARGOS.pdf" constantes do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido.

20) As cláusulas 13.ª, 14.ª, 15.ª e 33.ª do programa do procedimento estatuem o seguinte: "(...) Cláusula 13.ª

Requisitos Mínimos de Capacidade Técnica dos Candidatos

1. Os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos são os seguintes:

a) Referentes ao exercício da atividade de construção de obras públicas: (...)

b) Referentes à experiência curricular da candidata: Ter realizado ou estar a realizar pelo menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicos, nos últimos 3 anos até à data da publicação do anúncio do presente concurso no Diário da República, que cumpram cumulativamente as seguintes características:

- O valor contratual de cada uma das 2 empreitadas, deverá ser igual ou superior a 2 750 000,00€ (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros);
- Cada uma das 2 empreitadas deverá ter prevista a execução de pelo menos 70.000 m² (setenta mil metros quadrados) de camada de desgaste betuminosa.

c) Referentes à equipa técnica: O candidato tem de apresentar na sua candidatura uma equipa técnica que cumpra os requisitos a seguir indicados: (...)

Cláusula 14.ª

Requisitos Mínimos de Capacidade Financeira dos Candidatos

1. Apenas são admitidos os candidatos que cumpram cumulativamente os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira. No caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os seguintes requisitos mínimos de capacidade financeira:

- a) Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020;
- b) Um volume de negócios médio (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;
- c) Uma autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;
- d) Uma liquidez geral média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 conforme forma de cálculo constante no Anexo 6 do presente Programa de Procedimento;
- e) Solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020.
2. O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15.ª.
3. Nos termos e para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP).

Cláusula 15.ª

Documentos Destinados à Qualificação dos Candidatos

1. A candidatura é constituída pelos documentos destinados à qualificação exigidos nos números seguintes e pelo Anexo V-M, o que se refere o n.º 1 do artigo 168.º do CCP, conforme modelo exigido pelo Anexo 8 ao presente PP.
2. Nos termos do número anterior, os candidatos deverão apresentar os seguintes documentos para a verificação do cumprimento dos requisitos mínimos capacidade técnica:

a) Referente ao exercício da atividade de construção:

Alvará ou certificado de empreiteiro de obras públicas emitido pelo IMPIC, I.P.

O adjudicatário pode, para efeitos de comprovação das habilitações, socorrer-se das alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas a subcontratador, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometem, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.

No caso de adjudicatário ou subcontratado nacional de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos do



Organização Mundial do Comércio, que não seja titular de alvará ou certificados suprarreferidos, devem cumprir com disposto no n.º 4 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, conjugado com o artigo 22.º da Lei n.º 41/2015 de 3 de junho, ou seja, apresentar, em substituição daqueles documentos, uma declaração emitida pelo IMPIC, I.P. comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a celebrar por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou certificado de obras públicas, contendo as habilitações exigidas na alínea h) da cláusula 6.ª.

b) Referente à experiência curricular do candidato:

Declarações abonatórias, comprovativas de ter realizado ou estar a realizar pela menos 2 empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e arruamentos públicas, nos termos exigidos na alínea b) do n.º 1 da cláusula 13.ª, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade com o Anexo 9.

c) Referente à equipa técnica do candidato:

O candidato deverá apresentar lista nominativa da equipa técnica a afetar à obra, em conformidade com o Anexo 10 do presente PP, a qual deve incluir em anexo: uma (i) declaração emitida e assinada por cada um dos elementos indicados para a composição da equipa técnica, em conformidade com o Anexo 11 do presente PP, bem como os respetivos (ii) currículos vitae, contendo, consoante for o caso, em anexo os certificados de habilitações, documentos comprovativos das inscrições nas respetivas ordens, CAP e certificados de formação profissional, e ainda (iii) as declarações abonatórias, emitidas obrigatoriamente pela entidade contratante (dono de obra), em conformidade com o Anexo 12 do presente PP.

d) Referente às certificações do candidato: (...)

3. Nos termos do número 1, os candidatos deverão, ainda, apresentar os seguintes documentos referentes ao cumprimento dos requisitos mínimos capacidade financeira:

a) Declaração de acordo com o Anexo 6, na qual ateste o cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no n.º 1 da cláusula 14.ª do presente PP.

b) Declarações de Informação Empresarial Simplificada (IES), entregues e validadas pela Administração Fiscal, relativas aos anos de 2018, 2019 e 2020, caso o candidato tenha três exercícios de atividade ou relativas aos anos concluídos.

c) Caso se aplique, e para os efeitos previstos no ponto 3 da cláusula 14.ª, declaração bancária emitida de acordo com o modelo constante do Anexo 7 ao presente PP.



d) *Tratando-se de uma entidade estabelecida fora do Território Nacional, o candidato deve indicar os valores a considerar para efeitos de comprovação dos requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, referente aos anos 2018, 2019 e 2020.*

4. *Certidão do Registo Comercial atualizada do candidato ou de cada um dos membros do agrupamento que o compõem, ou indicação dos respetivos códigos de acesso.*

5. *Quando o candidato recorra a terceiros para o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica, independentemente do vínculo que com eles estabeleça designadamente o de subcontratação, a respetiva candidatura deve ainda ser constituída por uma declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar.*

6. *A falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão da candidatura. (...)*

Cláusula 33.ª

Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiros indicados nas cláusulas 13.ª e 14.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente (...) (cfr. documento denominado de "07_PROGRAMA_PROCEDIMENTO.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

21) O n.º 1 da cláusula 6.ª do caderno de encargos relativa ao "prazo de execução da empreitada" prevê que "[o] prazo máximo para a execução da empreitada, incluindo a execução de todos os tipos de trabalhos preparatórios ou acessórios será de 365 dias" (cfr. documento designado de "08_CADERNO_DE_ENCARGOS.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

22) Os n.ºs 1 e 3 da cláusula 36.ª do caderno de encargos, sob a epígrafe "[preço] contratual e condições de pagamento" determinam que "1 - Pela execução da empreitada e pelo cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato, deve o dono da obra pagar ao adjudicatário o valor que constar da proposta, o qual, nos termos e para os efeitos do previsto no artigo 47.º do CCP, não pode exceder o preço base total de 2.750.312.34€ (dois milhões, setecentos e cinquenta mil, trezentos e doze euros e trinta e quatro

cêntimos), valor ao qual acrescerá o IVA à taxa legal aplicável, no caso de o adjudicatário ser sujeito passivo desse imposto pela execução do contrato" e "3 - Os pagamentos a efetuar pelo dono da obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com o disposto na Cláusula 27.ª sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas (...)" (cfr. documento designado de "08_CADERNO_DE_ENCARGOS.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).



23) Em face do teor dos documentos indicados em 4) a Autora Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S. A. formulou o pedido de esclarecimento vertido no documento com a designação de "65_PEDIDO_ESCLARECIMENTO_TECNOVIA_ACINGOV.pdf" e a Contrainteressada RIM – Engenharia e Construções, S. A. o constante do documento denominado "68_PEDIDO_ESCLARECIMENTO_RIM.pdf" do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido.

24) A Entidade Demandada pronunciou-se em 18 de fevereiro de 2022 quanto ao indicado em 8) nos termos constantes do documento "69_RESPOSTA_PEDIDOS_ESCLARECIMENTO.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido.

25) Na resposta ao pedido de esclarecimentos apontada em 9), a Entidade Demandada informou o seguinte: "(...) I. Dos esclarecimentos

2.2. Os requisitos mínimos de capacidade técnica dos candidatos identificados na alínea a) do n.º 1 da cláusula 13.ª são os que efetivamente nessa alínea constam.

2.3. Os requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos identificados nas alíneas a), b), c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª são definidos de acordo com a conveniência e com o interesse da entidade adjudicante, pelo que são os que constam expressamente no programa do procedimento.

2.4. Mantém-se o disposto no ponto 1 da cláusula 14.ª do Programa do Procedimento

2.5. Nos termos e para os efeitos prevista no n.º 3 do artigo 179.º do CCP considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra

exigidos a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP).

II Dos erros e omissões do programa do procedimento

3. O órgão competente para a decisão de contratar vem, oficiosamente, proceder à retificação da seguinte erro da peça do procedimento designada programa do procedimento.

3.1. Onde se lê:

‘Cláusula 33.ª

Preenchimento dos Requisitos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiros indicados nas cláusulas 13.ª e 14.ª desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente”.

3.2. Deverá ler-se:

„Cláusula 33.ª

Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos

No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª quando todos os membros os preencham individualmente”. (...)” (cfr. documento denominado de “69_RESPOSTA_PEDIDOS_ESCLARECIMENTO.pdf” constante do p. o. cujo teor se considera integralmente reproduzido)

26) Apresentaram candidatura no âmbito do procedimento apontado em 2) as Autoras e as Contrainteressadas (cfr. documento designado de “81_RELATORIO_PRELIMINAR.pdf” constante do p. o. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

27) O júri elaborou o relatório preliminar constante do documento designado de “81_RELATORIO_PRELIMINAR.pdf”, no qual propôs o seguinte: “[...] por constatar que preenche todos os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, bem como por considerar que apresentou todos os documentos exigidos em conformidade com o PP e demais normas legais aplicáveis, a qualificação do seguinte candidato: (i) Candidato n.º 2 AFAVIAS – Engenharia e Construções, S. A.;

5. Da exclusão de candidatas

O Júri, após a análise das respetivas candidaturas, propõe a exclusão das seguintes candidatas:

- a) Candidato n.º 1: RIM – Engenharia e Construções SA nos termos e com os fundamentos constantes do ponto 2.6.1 do presente relatório.
- b) Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo Soc. De Construções, S.A.; Tecnovia – Sociedade de Empreitadas, S.A., nos termos e com os fundamentos constantes do ponto 2.6.3 do presente relatório.

6. Conclusão

Pelo exposto, o Júri propõe, por unanimidade, ao órgão competente para a decisão de contratar, a seguinte:

- a) A qualificação do candidato melhor identificado no ponto 4 supra.

Nos termos do artigo 185.º do CCP e da Cláusula 36.º do PP, deve o presente relatório ser enviado a todos os candidatos para, querendo, se pronunciarem, no prazo de 5 dias úteis, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia (...) (cfr. documento denominado "81_RELATORIO_PRELIMINAR.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).

28) Na sequência da mencionada em 12) as Autoras pronunciaram-se nos termos constantes do documento denominado "83 AUDIENCIA_PREVIA_TECNOVIAMADEIRA_FARROBO_TECNOVIAS.pdf" constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido.

29) No seguimento do aludido em 13) o Júri elaborou o relatório final constante do documento denominada "85_DECISAO_APROVACAO_PROPOSTAS_RELATORIO_FINAL.pdf", no qual se consigna, além do mais, o seguinte: "(...) 2.4 Os requisitos mínimos de capacidade financeira estipulados na cláusula 14.ª do Programa do Procedimento foram os requisitos que o Município de São Vicente considerou como adequados, proporcionais e justos visando uma seleção de concorrentes capazes de mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o bom e integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar, conforme estipulado no n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro na sua atual redação;

Se não vejamos,

2.5. A crise económica e financeira que conduziu ao PAFF afetou especialmente o sector da construção civil, tendo deixado um rasto de insolvências de empresas de construção civil, algumas das quais consideradas grandes e médias empresas;

2.6. Atualmente, vivemos uma época de instabilidade e insegurança, causadas pelos efeitos económicos e financeiros da pandemia, cujo impacto nos preços dos materiais pode provocar problemas de cumprimento às empresas em situação de vulnerabilidade;

2.7. Foram por estas razões que a Câmara Municipal de São Vicente ao fixar os requisitos mínimos de capacidade financeira constantes do Programa do Procedimento procurou unicamente garantir a boa e regular execução do contrato, principalmente face à sua dimensão que se repercute por todo o Concelho de São Vicente, com grandes reflexos na vida do dia-a-dia dos munícipes por os riscos de incumprimentos serem suscetíveis de causar graves inconvenientes e prejuízos na circulação de pessoas e bens;

2.8. A Câmara Municipal de São Vicente quis assegurar com um grau de certeza e razoabilidade que selecionaria um candidato com aptidão e idoneidade para executar a obra em questão, pelo que procurou garantir que não seria confrontada com uma empresa a contratar sem capacidade (financeira e técnica) e que pudesse apresentar um cenário de dificuldades financeiras; com riscos de se repercutir na boa execução do contrato, gerando, com isso, consequências gravosas e transtornos para a entidade adjudicante Câmara Municipal de São Vicente;

2.9. Além de que num cenário de incumprimento de contrato por falta de capacidade financeira, todo o concelho de São Vicente seria também afetado uma vez que as intervenções desta empreitada são executadas em vários arruamentos do Concelho pelo que, nessa hipótese, provocaria adversidades, contrariedades e prejuízos no âmbito da população e circulação concelhia provocada pelas obras suspensas/paradas;

2.10. Relativamente aos requisitos mínimos de capacidade financeiro exigidos no Programa do Procedimento, foi exigido um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020, o que se considera completamente normal;

2.11. Foi exigido um volume de negócios médio (média aritmética), referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, o que não excede o dobro do valor do contrato, em observância do disposto na n.º 3 do art.º 165.º do CCP;

2.12. Relativamente à autonomia financeira média (média aritmética) exigida, referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, não é excessiva e é aquela que a Câmara Municipal de São Vicente considerou oferecer garantias de estabilidade, tendo em conta o colapso e o rasto de insolvências no sector da construção civil nos últimos anos, bem como por ser especialmente necessário, atenta a natureza e objeto da






empreitada, evitar riscos de incumprimentos suscetíveis de causar graves transtornos à normal e regular circularão de pessoas e bens;

2.13. A liquidez geral média (média aritmética) erigida referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0 não é desproporcional e a exigência de solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020 também não é excessiva atentos os fins de interesse público que urze com a boa execução da empreitada;

2.14. Relativamente aos requisitos mínimos da capacidade técnica, o quantidade de execução de metros quadrados de camada de desgaste betuminosa exigida no Programa do Procedimento para cada uma das empreitadas é de 70.000m², não é desproporcional à quantidade de metros quadrados exigida no presente projeto de execução que é de 67.572,96m² (tornado na sequência da revisão do projeto);

2.15. A exigência de ter realizado ou estar a realizar duas empreitadas de construção, reparação ou recuperação de estradas e armamentos públicos nos últimos 3 anos é razoável e o valor de cada empreitada ficou aquém do valor da presente empreitada;

2.16. Relativamente à equipa técnica em concreto do Engenheiro Civil ou Engenheiro Técnico Civil, a experiência profissional não é desproporcionada nem quanto à antiguidade, nem quanto à direção de duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), que fica abaixo do preço contratual e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional, pelas razões supra mencionadas;

2.17. Relativamente ao Técnico Superior de Segurança, a experiência profissional também não é desproporcionada, nem quanto à antiguidade, nem quanto ao exercício da função de Técnico Superior de Segurança em duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), que fica abaixo do preço contratual, e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional;

2.18. O mesmo para o Encarregado Geral, a experiência profissional não é desproporcionada nem quanto à desproporcionada, nem quanto ao exercício como Encarregado Geral de duas obras de idêntica natureza, de valor igual ou superior a 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros) que fica abaixo do preço contratual, e quanto aos metros quadrados também não é desproporcional;

2.19. Como refere a Doutrina perfilhada por Pedro Costa Gonçalves, in Direito dos Contratos Públicos, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018:

7A.
G
A.
L.

'Como decorre da indicação da lei, os requisitos da capacidade técnica têm a ver com a experiência do candidato na execução de prestações análogas às que vai executar em caso de adjudicação ou na demonstração de que possui os recursos necessários para assegurar uma correta execução do contrato'.

2.20. Por sua vez., relativamente à capacidade financeira, refere o Autor citado no n.º anterior que: *'Por sua vez, os requisitos de capacidade financeira são impostos com o propósito de assegurar que os candidatos disponham da capacidade económica e financeira para enfrentar os custos que vão ter de suportar com a execução do contrato. Neste caso, a lei abstém-se de enunciar, de forma explícita, um critério de orientação de que as entidades adjudicantes se possam servir no processo de definição de requisitos mínimos (...).'*

2.21. Refere ainda Pedro Costa Gonçalves, conforme bibliografia citada, que:

'O poder, conferido às entidades adjudicantes, de formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a reconhecer-lhes o poder de definição de condições administrativas de acesso dos operadores económicos ao mercado. (...) Trata-se, além disso, de condições administrativas de carácter assumidamente restritivo por relação às condições legais de exercício da atividade a que o contrato se reporta: na verdade, as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a excluir do mercado (do 'mercado específico') um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionamento administrativo ad hoc, determinado, caso a caso, por cada entidade adjudicante'.

2.22. Além de que é pacificamente aceite caber à Administração *'(...) a definição dos termos do concurso e a fixação dos critérios que o enformarão por essa tarefa constituir uma competência sua, reservada, inserida na margem de livre apreciação' ou das prerrogativas de avaliação' de que dispõe otendendo à liberdade de que a Administração dispõe para esse efeito por lhe ter sido concedida para melhor defender o interesse público' além de que 'o que, de resto, se aje7coa com uma verdade que, também, não sofre contestação: o de que o poder discricionário, por ser um poder fundado na lei, só pode ser exercido dentro dos limites por ela traçados, e a Autarquia ao fixar os requisitos de capacidade financeira agiu no 'âmbito do discricionariade e da margem de livre decisão que detinha, dispondo de 'uma liberdade de preenchimento valorativo do conceito indeterminado, pautado pelos critérios fornecidos pela legalidade material ou mais extensamente pelo bloco de legalidade, vide Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo 0571116, datado de 08.09.2016 (...).'*



2.23. A propósito, é sabido que no âmbito do bloco da legalidade a n.º 3 do artigo 165.º da

Código dos Contratos Públicos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 181/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redação, dispõe 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, requisito que foi cumprido cabalmente pela Autarquia no Programa do Procedimento;

2.24. Conforme a doutrina perfilhada por Ana Gouveia Martins, in Estudos do Contratação Pública I, pág. 260 (...) 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, conforme se lê na parte final do n.º 3 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redução, sendo que os requisitos mínimos de capacidade financeira a que se refere o n.º 4 do artigo 164.º não podem exceder o dobro do valor do contrato;

2.25. Além de que a jurisprudência comunitária concede uma (...) margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinados a assegurar o cabal cumprimento do contrato, vide Acórdão do TJ de 15.01.1986, relativo ao Processo C-27-29/86-CEI e Bellini, in Coletânea da Jurisprudência, 1987, pág. 03347;

2.26. Assim, a exigência dos requisitos mínimos financeiros visa garantir a solvabilidade, a qualidade e a fiabilidade do concorrente para satisfazer a execução da empreitada que lhe passa ser adjudicada;

2.27. Os requisitos mínimos de capacidade técnica são adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, uma vez que a empreitada ao se repercutir por diversas zonas do Concelho naturalmente que será melhor prestada por quem tenha um elevado nível de experiência em empreitadas que assumem natureza de construção, reparação ou recuperação ou recuperação de estradas e arruamentos públicas, nas suas diferentes formas e composições, onde aliás, e como já se disse, o valor estipulado para cada empreitada no Programa do Procedimento referente aos requisitos mínimos de capacidade técnica é igual ou superior a €2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil euros), ou seja, de valor inferior ao limiar do valor desta empreitada;

2.28. Depois, porque se compreende que a Câmara Municipal de São Vicente quisesse assegurar que só pudesse concorrer quem tivesse a capacidade necessária, em termos de recursos humanos e financeiros, que lhe garantisse o correto cumprimento do objeto do contrato, e parece-nos claro que essa garantia podia ser melhor prestada por operadores

económicos que desenvolvam atividade no mercado com os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira estipulados no Programa do Procedimento;

2.29. Face ao exposto, não há qui qualquer violação dos princípios da igualdade, proporcionalidade, e da concorrência dado não haver nenhuma infundada nem injustificado referência relativa aos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica estabelecidos, sendo que, aliás, os respetivos requisitos são deveras relevantes face a natureza da prestação pela sua dimensão a nível geral do Conselho;

2.30. Trata-se, pois de uma área onde, dentro do uso de poderes discricionários a entidade adjudicante goza de uma autonomia na fixação de requisitos que a mesma considera convenientes para salvaguardar o interesse público que subjaz às garantias da boa execução do contrato;

(...)

2.32. Face ao exposto, as fixações dos requisitos mínimos de capacidade financeira e técnica potentes do Programa do Procedimento não são desproporcionais, nem violam o princípio da concorrência, nem tão pouco são desadequados face ao objeto e finalidades do objeto da empreitada e, portanto, não são uma restrição violadora dos princípios gerais que enformam a atividade administrativa, máxime, como já referido os da concorrência, da proporcionalidade e igualdade..

2.33. Por outro lado, estando em causa a adoção do modelo simples de qualificação, é hoje inteiramente possível aos candidatos, quando não logram preencher os requisitos de capacidade financeira que a entidade adjudicante considerou convenientes fixar, equivaler a respetivo preenchimento através da apresentação de uma declaração bancária, conforme modelo constante do anexo VI ao CCP, nos termos e para os efeitos previstos no al. a) do seu n.º 2 do seu art.º 179.º;

2.34. O que significa que, atualmente, a lei confere aos candidatos uma forma alternativo de oferecer o cumprimento das garantias financeiras pretendidas, através da apresentação da mencionada declaração bancária; sendo contraproducente alegar a impossibilidade da sua obtenção, por ser na medida em que, se as instituições bancárias recusaram a sua emissão não seria admissível nem faria sentido exigir à Administração Pública que acenasse um candidato que se encontrasse nessas circunstâncias;

2.35. Concluindo, a fixação dos respetivos requisitos em apreço é racional e está nitidamente conectada com o objeto do contrato, foi efetuado dentro dos poderes discricionários, com respeito pelas normas legais e pelos princípios da proporcionalidade, adequação, não discriminação, igualdade e concorrência;



2.36. Os requisitos fixados visaram unicamente salvaguardar o interesse público que decorrente da boa execução dos contratos públicos, em especial de um contrato de empreitada, cuja execução irá abranger uma quantidade significativa de vias de circulação do Município de São Vicente e cujos riscos de incumprimento devem ser especialmente atenuados, sendo certo que qualquer candidata os poderiam equivaler através da competente declaração- bancária, nos termos previstos na al. o) do n.º 3 do art. 179.º do CCP;

(...)

3.6.3. Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira. Sociedade de Empreitadas SA; Farrabo, Soc. De Construções, S. A., Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A.

(...)

(ii) Documentos da candidatura:

Relativamente às declarações- abonatórias previstas na alínea b) do n.º 2 da cláusula 15.º do PP, referente à experiência curricular do candidato, o júri constata que o candidato não apresentou duas declarações abonatórias emitidas pela entidade contratante mas sim uma única declaração abonatória a demonstrar que realizou uma empreitada, designada 'Empreitada para as Obras de Beneficiação/Reforço do Pavimento, no sublanço Coimbra Norte (A1 / A14)/ Meolhada, da A1 — Auto-estrada do Norte', cujo valor total dos trabalhos da empreitada é de €3.489.499,96, sendo que nessa declaração abonatória falta a indicação da quantidade de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada, conforme era obrigatório e solicitado na alínea b) do n.º 2 da cláusula 15.º. Pese embora, o candidato juntou uma declaração a mencionar que a quantidade de metros quadrados de execução de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada é de 297.000,00m².

O candidato juntou, também, um contrato de empreitada para as obras de beneficiação/ reforço do pavimento, dos sublanços Elvas Poente/ EN246/ Elvas Central da A6 — Auto-estrada Marateca/ Caia a demonstrar que, conforme declaração também junta pelo candidato, está a executar a referida empreitada ergo valor total dos trabalhos da empreitada é de €4.488.995,847, e a quantidade de metros quadrados de execução de camada de desgaste betuminosa afeta à empreitada é de 229.556,00m².

O candidato mencionou que as referidas declarações abonatórias encontram-se em fase de emissão podendo as mesmas serem disponibilizadas posteriormente em sede própria. Pese embora o júri pudesse equacionar a viabilidade de um pedido de suprimento ao abrigo do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, é manifesto que o mesmo se revelaria inútil visto que o candidato não cumpre com os requisitos mínimos de



capacidade financeira, conforme infra se menciona, pelo que fica prejudicada a apreciação da questão do cumprimento das formalidades respeitantes à comprovação dos requisitos da capacidade técnica do candidato e da equipa técnica em virtude de ter sido junto apenas uma única declaração obonatária e um contrato de uma obra em execução, bem como da questão da viabilidade de um eventual pedido de suprimento da candidatura.

O candidato não apresentou o documento exigido pelo n.º 6 da cláusula 11.ª do PP.

Com efeito, foram apresentadas documentos para comprovar os requisitos de capacidade técnica referentes a três operadores económicos, pelo que o júri presume que possa estar em causa se constituírem em consórcio. .No entanto, não foi entregue o documento exigido pelo n.º 6 da cláusula 11.ª do PP. Nesta sede podia ser equacionada a viabilidade de um pedido de suprimento ao abrigo do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos, mas a análise a esta questão fica prejudicada por ser manifesto a falta de preenchimento dos requisitos financeiros conforme infra se menciona.

O júri constatou que o currículo vitae do Diretor de Obra — Engenheiro Técnico Civil Nuno Filipe da Silva Carapuça que integra a equipa técnica da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. não contém em anexo o certificado de habilitações nem o documento comprovativo da inscrição na respetiva ordem, conforme exigido pelo ponto (a) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que o currículo vitae do Técnico Superior de Segurança João Tiago Moura Sequeira que integra a equipa técnica. da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA;

Farrobo, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas', S. A, não contém em anexo o certificado de técnico de segurança e/ ou técnico superior de segurança, conforme exigida pelo ponto (ii) da alínea c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP, conjugado com o ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

O júri constatou que o currículo vitae da Encarregado Geral Mário Jorge Ribeiro Alves que integra a equipa técnica da Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; Farrobo, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A., não contém em anexo o certificado de formação profissional na área de técnico de obra/ condutor de obra, conforme exigido pelo ponto (iii) da alínea c) do n.º 1 da cláusula 13.ª do PP, conjugado com o ponto (ii) da alínea c) do n.º 2 da cláusula 15.ª do PP.

A. J.
(S)
X
Q.
X



Conforme determinado no n.º 6 da cláusula 15.ª do PP, conjugado com a al. e) do n.º 2 do art. 184.º do CCP, a falta de apresentação de quaisquer documentos de qualificação exigidos nos pontos supra, constitui motivo de exclusão.

O Júri constata que o candidato em causa não preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP.

Com efeito, todos os membros não demonstram ter cumprido individualmente com o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 60%, visto que a Tecnovia Madeira — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 52,92%

2019 — 61,26%

2020 — 54,02%

Média — 56,07%

A Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 14,48%

2019 — 6,16%

2020 — 5,47%

Média — 8,70%

A Farrobo — Sociedade de Construções, S.A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 70,10%

2019 — 69,78%

2020 — 67,18%

Média — 69,02%

Todos os membros não demonstram ter cumprido individualmente com o requisito da liquidez geral média (Média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 4,0, visto que a Tecnovia Madeira — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 2,04

2019 — 2,44

2020 — 1,79

Média — 2,09

A Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 1,85

2019 — 1,13

A. 8
E
X
C
E
L
E
N
T
E



2020 — 1,02

Média — 1,33

A Farrobo — Sociedade de Construção, S. A. visto ter sido demonstrado o seguinte:

2018 — 2,75

2019 — 2,68

2020 — 3,28

Média — 2,90

Todos os membros não demonstraram ter cumprido individualmente com o requisito da solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020 visto que a Tecnovia Madeira — Sociedade de Empreitadas, S. A. indicou 117,49%, a Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. indicou 5,79% e a Farrobo — Sociedade de Construções, S. A. indicou 204,71%.

O não preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira constitui motivo de exclusão da candidatura ao abrigo da alínea 1) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP, conjugado com o n.º 2 da cláusula 35.ª do PP.

(...)

4.2. Mais conclui o júri que o candidato n.º 1 RIM — Engenharia e Construções, SA — e o candidato n.º 3 — Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas SA; _Farroba, Soc. de Construção. S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A. — não preenchem os requisitos mínimos de capacidade técnica conforme supra exposto no ponto 3.6.1. e 3.6.3, respetivamente, do presente relatório.

(...)

5. Da exclusão de candidatos.

O júri, após a análise das respetivas candidaturas, propõe a exclusão dos seguintes candidatos:

(...)

b) Candidato n.º 3: Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, SA, Farroba, Soc. de Construções, S. A.; Tecnovia — Sociedade de Empreitadas, S. A., nos termos e com os fundamentos constantes no ponto 3.6.3 do presente relatório.

6. Da qualificação de candidato

O júri do procedimento, após a análise das respetivas candidaturas propõe, por constatar que preenchem todos os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, bem como por considerar que apresentaram todos os documentos exigidos em conformidade com o PP e demais normas legais aplicáveis, a qualificação do seguinte candidato:

(i) Candidato n.º 2: AFAVIAS — Engenharia e Construções, S. A. (...)” (cfr. documento designado de “85 DECISAO APROVACAO_PROPOSTAS_RELATORIO_FINAL.pdf” constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido)

30) Sobre o apontado em 14) recaiu deliberação de 17 de março de 2022 da Câmara Municipal de São Vicente de aprovação por unanimidade (cfr. documento designado de “85_DECISAO APROVACAO_PROPOSTAS_RELATORIO_FINAL.pdf” constante do p. a. cujo teor se considera integralmente reproduzido).”

- Panorama nacional dos rácios financeiros das empresas do setor da construção civil

14. A apesar de ter sido jugada improcedente a Impugnação da matéria de facto, não pode este Altíssimo Supremo Tribunal deixar de considerar, nem que seja, a título de ilações retiradas pelo recorrido (tal como foi considerado pelo douto Acórdão recorrido) a informação constante dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeira das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019 elaborados e disponibilizados no site do IMPC (<https://www.impc.pt>), através dos quais se constata que o requisito financeiro referente à **autonomia financeira** exigida ficou abaixo da média do quartil superior na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas, mais especificamente:

- No ano de 2017, a autonomia financeiro das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 63% na região do Alentejo, num universo de 734 empresas;
- 61% na região do Algarve, num universo de 1.376 empresas;
- 57% na região Centro, num universo de 4.855 empresas;
- 60% na região da AM Lisboa, num universo de 8.090 empresas;
- 60% na Madeira, num universo de 527 empresas;

61% nos Açores, num universo de 327 empresas (Vide doc. 10, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2018, a autonomia financeiro das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:



- 66% na região do Alentejo, num universo de 754 empresas;
- 64% na região do Algarve, num universo de 1.460 empresas;
- 58% na região Centro, num universo de 4.976 empresas;
- 61% na região da AM Lisboa, num universo de 8.414 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 567 empresas;
- 60% nos Açores, num universo de 351 empresas (Vide doc. 11, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2019, a autonomia financeira das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 65% na região do Alentejo, num universo de 792 empresas;
- 63% na região do Algarve, num universo de 1553 empresas;
- 59% na região Centro, num universo de 5236 empresas;
- 62% na região da AM Lisboa, num universo de 8993 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 584 empresas;
- 59% nos Açores, num universo de 392 empresas (Vide doc. 12, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

15. Das supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC, consta-se que em várias regiões dos país, a média da **liquidez geral** das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018 e 2019, também, em relação a um universo de milhares de empresas, mais concretamente:

- Em 2017 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 495% na região do Alentejo, num universo de 731 empresas;
- 412% na região do Algarve, num universo de 1.365 empresas;
- 357 % na região Centro, num universo de 4.841 empresas;
- 443 % na região da AM Lisboa, num universo de 8.047 empresas;
- 407 % na Madeira, num universo de 523 empresas (Vide doc. 13, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2018 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 469% na região do Alentejo, num universo de 747 empresas;
- 406% na região do Algarve, num universo de 1455 empresas;
- 355 % na região Centro, num universo de 4966 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8367 empresas;
- 444 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 14, junto com a resposta ao incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2019 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 463% na região do Alentejo, num universo de 786 empresas;
- 392% na região do Algarve, num universo de 1549 empresas;
- 359 % na região Centro, num universo de 5225 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8952 empresas;
- 357 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 15, junto com a resposta ao incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

C-2) Apreciação da matéria de direito

16. O acórdão recorrido é imaculado quanto à boa aplicação do direito, ao concluir pela validade dos requisitos de capacidade financeira objeto de impugnação.

17. A escolha do concurso público por prévia qualificação, efetuado ao abrigo do disposto no artigo 18.º do CCP, respeita integralmente as normas legais, designadamente os artigos 162.º e ss, o artigo 56.º, 58.º, 60.º e 63 e o Anexo II da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16.02.2014.

18. O recorrido subscreve integralmente a dought fundamentação do acordo recorrido a pag. 25 e ss.

Vejamos

I - Quanto à escolha do tipo de procedimento e fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira

19. Não subsistem dúvidas que a decisão da escolha do procedimento compete ao órgão competente para a decisão de contratar, o qual, em observância das regras fixados no CCP, goza de ampla discricionariedade e liberdade de opção, em especial no que respeita à escolha entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação (artigos 18.º, al. b) do art. 19.º e art. 38.º do CCP).

20. Do mesmo modo, a entidade adjudicante goza de discricionariedade e liberdade, com respeito pelas normas legais e princípios previstos no CCP, na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (al. h) do n.º 1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).

21. Esta discricionariedade foi reforçada em relação à fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, com a reforma do CCP, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que erradicou quaisquer referências a indicadores financeiros ao suprir a fórmula matemática constante do anterior anexo IV do CCP.

22. Como refere Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018, pag. 746:

"(...) as entidades adjudicantes podem pretender definir requisitos ainda mais exigentes que os operadores económicos deverão preencher para poderem uceder ao procedimento. Pois bem, a lei autoriza-as a estabelecer requisitos dessa natureza, que são, portanto, requisitos especiais, delineados no caso concreto (não pela lei) em função de cada específica procedimento e de cada contrato a adjudicar: trata-se de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (cf. artigo 165.º).

As entidades adjudicantes ficam, assim, em posição de se assegurarem de que a execução dos seus contratos, sobretudo os mais complexos ou os de maior importância económica, vai ser confiada a operadores económicos capazes, com aptidão técnica e financeira, prevenindo o risco de terem de contratar com operadores económicos que – apesar de serem titulares das habilitações oficiais exigidas – ainda não deram provas concretas da sua aptidão técnica para a execução de contratos mais complexos; ou que, em casos de maior exigência, podem não dispor de recursos financeiros necessários para enfrentar os encargos que a execução do contrato comporta."

23. Por conseguinte, é indiscutível que a opção pelo concurso público limitado por prévia qualificação, atenta a sua natureza e finalidade, implica, natural e necessariamente, a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiro que visam seleccionar candidatos, ou seja e assumindo frontalmente: o concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento que visa limitar a concorrência aos operadores económicos que preenchem os requisitos de capacidade técnica e/ou financeira fixados no PP e reputados necessários e adequados pela entidade adjudicante com referência à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar.

24. Como ensina o citado Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018, pag. 749:

“Por sua vez, os requisitos de capacidade financeira são impostos com o propósito de assegurar que os candidatos disponham da capacidade económica e financeira para enfrentar os custos que vão ter de suportar com a execução do contrato. Neste caso, a lei abstém-se de enunciar, de forma explícita, um critério de orientação de que as entidades adjudicantes se possam servir no processo de definição de requisitos mínimos e também é omissa quanto aos elementos de referência que elas podem exigir para demonstrarem da capacidade financeira”.

25. Ensina o identificado autor, in obra citada, pag. 751, que:

“O poder, conferido às entidades adjudicantes, de formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a reconhecer-lhes o poder de definição de condições administrativas de acesso dos operadores económicos ao mercado (...): na verdade, as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a excluir do mercado (“do mercado específico”) um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionalismo administrativo ad hoc, determinado, caso a caso, por cada entidade adjudicante (...).”

(...). Trata-se, certamente, de um poder discricionário, logo materializado na escolha de um modelo de procedimento que inclui aquela fase, e que, a seguir, se estende à própria formulação de requisitos, pois, à entidade adjudicante é concedida a faculdade de formular os requisitos mínimos que reputa necessários e adequados para se assegurar quanto à boa execução do contrato.”



26. No Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dgsi.pt, decidiu-se que:

"I - O concurso limitado por prévia qualificação encontra-se legalmente previsto nos artigos 162.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e compreende duas fases: a fase de apresentação de candidaturas e de qualificação dos candidatos; e a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

II - Por força do preceituado nos artigos 164º e 165º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante tem, no âmbito da sua margem de livre decisão, de estabelecer quais os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiro para a boa execução do contrato a celebrar, estando, no entanto, sempre vinculada aos limites decorrentes da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.

III - É da Administração o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa.

IV - O facto provado de haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal, mas é um índice a considerar pelo juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa. - o sublinhado e negrito é nosso.

27. Como sempre foi alegado e reconhecido pelo recorrido, discricionariedade não é sinónimo de arbitrariedade.

28. Por conseguinte, a liberdade de decisão deve ser balizada pela lei e pelos princípios jurídicos, como, aliás, o foi inteiramente no procedimento sub judice, designadamente da concorrência, proporcionalidade, igualdade (não discriminação) e da prossecução do interesse público

29. Neste sentido vide Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2016, pag. 453.

30. A disciplina da fixação dos requisitos de capacidade técnica e financeira consta do artigo 165.º do CCP.

31. Destarte, o que importa, nestes autos, é sindicar se os requisitos mínimos de capacidade financeira, fixados nas als. c), d) e e) da cláusula 14.ª do PP, são legais e válidos, ou seja, se respeitam as normas e os princípios do direito pré-contratual público, em especial da proporcionalidade e da concorrência.

32. O recorrido está convicto que exerceu os seus poderes discricionários com total observância dos princípios da proporcionalidade e da concorrência.

33. Na verdade, estamos muito longe de casos desproporcionais como os que foram decididos nos seguintes processos:

- Ac. TCAN, de 25 de Março de 2010, Proc. 1257/09, cujo sumário é o seguinte:

I. O programa do concurso («PC») corporiza a regulamentação que define os termos a que deve obedecer a fase da formação do contrato [cfr. art. 41.ª do CCP], sendo que o mesmo deve conter, nomeadamente, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os candidatos devem preencher [cfr. art. 164.º, n.º 1, als. h), i), m) do CCP], requisitos esses a aferir na fase de qualificação [cfr. arts. 167.º e segs. do mesmo diploma], prevendo-se dois modelos de qualificação (modelo simples e o modelo complexo).

II. Existe uma margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinados a assegurar o cabal cumprimento do contrato.

III. Pese embora tal margem de liberdade que é conferida à entidade adjudicante na definição dos requisitos mínimos da capacidade técnica e da capacidade financeira dos operadores económicos que desenvolvam actividade no mercado e que são potenciais candidatos ao procedimento temos que tal liberdade se mostra, desde logo, limitada pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência, devendo ser operacionalizado de modo a assegurar e respeitar tais princípios e objectivos últimos pelos mesmos propugnados ou prosseguidos.

IV. A definição dos requisitos não poderá ser feita em abstracto sem qualquer ligação ao contrato que se visa vir a outorgar na sequência do procedimento de formação aberto, devendo a mesma considerar e se ajustar ao objecto daquele contrato.

V. Na concretização de tais requisitos terão sempre de estar presentes para além das exigências de proporcionalidade, de necessidade e de adequação à luz do ulterior contrato também os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da

protecção subjectiva dos potenciais concorrentes por forma a assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar.

VI. Revela-se como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínima de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tem um valor estimado de cerca de 131.000,00 €.

VII. Tem-se, também, como violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, e bem assim do n.º 3 do art. 165.º da CCP, a consagração no concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/recepção), de um requisito mínimo de autonomia financeira igual ou superior a 0,35 quando a execução do contrato tem a duração de nove meses e um preço base de 131.000 €.

VIII. Revela-se igualmente violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade a definição/exigência no «PC» quanto ao requisito de qualificação da capacidade técnica de potenciais concorrentes a detenção por estes dum número mínimo de vigilantes inscritos no MAI de 1000, em cada um dos últimos três anos e dos quais 75% pertençam aos quadros efectivos da empresa, quando a celebração do contrato de prestação de serviços de vigilância/recepção envolve apenas 14 instalações de saúde da área de Penafiel, Paredes e Castelo de Paiva que exigem cada 01 vigilante nos períodos e horários ali definidos, mostrando-se, eventualmente, suficientes 42 vigilantes.”

- Ac. TCAS, de 24.05.2018, Proc. N.º 1647/17.1BESNT:

“III. Existindo discricionariedade administrativa na fixação dos critérios de selecção e do requisito de capacidade financeira, a opção por outros critérios ou critérios menos exigentes noutros procedimentos não tem utilidade ou relevo no procedimento pré-contratual em causa, pois os exemplos trazidos não esgotam o universo dos procedimentos pré-contratuais abertos tendo por objecto a prestação de serviços de segurança e vigilância, não sendo representativos do universo dos procedimentos abertos.

IV. A decisão que conhece da desproporcionalidade entre os requisitos de capacidade financeira e o objecto do procedimento pré-contratual, constitui uma questão de direito destinada a aferir da conformidade de uma norma das peças do procedimento com um princípio geral da actividade administrativa, o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição e com concretização normativa no artigo 7.º da



CPA, traduzindo-se num controlo de legalidade e não de oportunidade do agir administrativo.

V. A fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos ao concurso, traduzindo-se no exercício de uma actividade discricionária, não é arbitrária, estando sujeita ao controlo de legalidade dos tribunais.

VI. Estão em causa requisitos mínimos que têm de ser preenchidos pelos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação, cuja fixação estabelece uma exigência técnica e/ou financeira que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência, assumindo-se como um fator de limitação da concorrência no caso de se estabelecer como requisitos mínimos exigências que não relevam para o objecto do contrato a celebrar ou que não sejam necessárias face à natureza das prestações contratuais a adjudicar, sendo inadequados ou desproporcionados.

VII. Podendo traduzir-se numa viciação das regras da concorrência ou ofender outros princípios, como os de proporcionalidade e adequação, com reflexo na validade da respetiva decisão e da própria decisão de escolha do procedimento, merece a atenção da normatividade aplicável aos procedimentos da contratação pública, como decorre da alínea h), do n.º 1 do artigo 164.º do CCP.

VIII. O juízo de direito sobre o controlo da legalidade da fixação dos critérios de capacidade técnico-financeira dos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação incide sobre a legalidade aplicável, tendo por padrão normativo de referência o princípio da proporcionalidade e não encerra qualquer valoração própria do exercício do poder administrativo, baseada em critérios de conveniência e de oportunidade, não se socorrendo o Tribunal de valorações extrajurídicas ou juízos de (des)valor.

IX. Considerando as concretas termos das prestações contratuais e do contrato a executar, o contrato para prestação de serviços de segurança e de vigilância, pelo prazo de um ano, com o valor base de € 257.000,00, muito inferior ao limiar da Diretiva 2014/24/UE, de € 750.000,00, a exigência como requisito mínimo de capacidade financeira dos candidatos, de que o capital próprio do empresa seja de, pelo menos, 40% do ativo líquido, constitui um excesso, é exagerada e violadora do princípio da proporcionalidade, no vertente da (des)necessidade."

II – Apreciação dos requisitos de capacidade financeiras

- Considerações prévias



34. Importa previamente esclarecer que a fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, ao contrário do que acontece com os requisitos mínimos de capacidade técnica, não deve ser apreciação em termos de adequação à natureza das prestações objeto do contrato, mas sim em função dos limites estabelecimentos no n.º 3 do art. 165.º do CCP, ou seja, não podem exceder o dobro do valor do contrato, salvo em casos devidamente justificados, e devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizarem os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais, quer principais, quer acessórios.
35. No caso sub judice, a opção pelo concurso limitado por prévia qualificação decorreu do objeto do contrato, a qual se encontra devidamente fixado no CE, ou seja, do valor da empreitada, da sua dimensão, da natureza e espécie dos trabalhos, complexidade de execução (mais do que 10 intervenções em vias de circulação de grande importância para o Município de São Vicente) e da necessidade de salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução do contrato e da necessidade de prevenir os graves e enormes transtornos e incómodos na vida e na normal e regular circulação da população e bens, decorrentes de atrasos e incumprimentos, muito característicos deste tipo de intervenções nas vias públicas.
36. Importa ainda destacar a necessidade de salvaguardar o bom cumprimento das prestações de garantia, em virtude de os prazos máximos de garantia no contrato de empreitada em apreço atingirem os 5 e 10 anos.
37. Por fim, ao contrário do que refere de modo simplista a douda sentença recorrida e se nas alegações nada se dizer a tal respeito, apesar de os pagamentos terem uma periodicidade mensal (baseada em autos de medição), é relevante considerar que a primeiro pagamento apenas ocorrerá no prazo máximo de 3 meses após o início da execução da empreitada, em virtude de o prazo de pagamento das faturas ser de 60 dias, por força do disposto nos n.ºs 3 e 4 da cláusula 36.ª do CE, que fixam o seguinte:

A. 7
OK
OK
OK



"3. Os pagamentos a efetuar pelo dono de obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com o disposto na Cláusula 27.ª sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.

4. Ao abrigo dos n.ºs 3 e 4 do artigo 299.º da CCP o prazo de pagamento é de 60 dias após a entrada da respetiva da respetiva fatura nos serviços da Município de São Vicente, as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação a que se referem e desde que devidamente aceite pelo Diretor de Fiscalização da Obra."

A. J.
[Handwritten signatures and initials in blue and black ink]

38. Atendendo ao Plano de Pagamentos e ao Cronograma Financeiro, no terceiro mês da execução do contrato os custos previstos enfrentar pelo cocontratante são de 210.042,19 € e no quarto mês são de 380.074,87 €.

39. O que significa que é efetivamente necessário o cocontratante deter uma forte e adequada capacidade financeira para enfrentar os custos decorrentes da execução de trabalhos durante, pelo menos, 3 meses ou 4 meses.

40. Por sua vez, as recorrentes mantêm a mesma linha argumentativa geral e abstrata, refugiando-se numa decisão do TC de recusa do visto que, apesar de ter transitado em julgado, não deixa de ser controversa e questionável.

- Autonomia financeiro médio referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%

41. As recorrentes descuraram totalmente a ciência e as normas técnicas da análise dos rácios de gestão financeiras das empresas, revelando um profundo desconhecimento e/ou ignorando totalmente a sua razão de ser e finalidades.

42. O rácio de autonomia financeira indica a capacidade de uma empresa fazer face aos seus compromissos financeiros através dos seus capitais próprios.

43. Como bem conclui o Acórdão recorrido "a autonomia financeira de 60% nos últimos três anos significa que o candidato possui uma base sólida de recursos próprios, que o capital próprio representou, em média 60% do total do ativo nesse período."

44. *Quanto maior for este rácio maior estabilidade financeira a empresa tem.*

45. *O valor considerado aceitável, em conformidade com as melhores regras da análise financeira, para efeitos de avaliação de riscos em análise financeira na gestão empresarial, para a generalidade dos empresas situa-se entre os 30% e os 60%.*

46. *O valor exigido, atenta a realidade do setor da construção civil e as características do contrato de empreiteira sub judice, em especial no que respeita ao valor do contrato, aos custos previsíveis de arranque, à capacidade pretendida para assegurar a sua normal execução financeira, com inclusão das obrigações de garantia, é razoável e proporcional e está dentro do valor máximo recomendado.*

47. *Com foi supra mencionado, dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeiro das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, elaborados e disponibilizados pela IMPC, decorre que o requisito financeiro em apreço fica abaixo da média do quartil superior (valor a partir do qual se encontram 25% dos valores mais elevados = valor aos 75% da amostra ordenada = 75º percentil), na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas.*

48. *O que permite concluir pela existência de um significativo número (centenas) de potenciais candidatos que se poderiam ter candidatado ao presente procedimento e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.*

- Líquidez geral média referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 4.0

49. *O rácio da liquidez geral mede a capacidade duma empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo (teste de solvabilidade de curto prazo).*

50. *O Acórdão recorrido percecionou corretamente o requisito, concluído que a liquidez geral positiva igual ou superior a 1,00 "representa a medida de capacidade do empresa de pagar as suas obrigações de curto prazo. A empresa tem ativos líquidos para cobrir apenas 4% do total das suas obrigações no curto prazo."*

51. *Segundo os especialistas da matéria e dos manuais padrão, é conveniente que ultrapasse o valor de 100% e quanto mais elevado for mais capacidade financeira imediata a empresa demonstra possuir.*

52. *Na verdade, trata-se de um rácio importante para a execução das empreitadas públicas, especialmente por não ser usual efetuar aditamentos com a adjudicação e se tratar de contratos que implicam uma significativa afetação e alavancagem de recursos financeiros, como é o caso.*

53. *Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC, consta-se que em várias regiões dos pais, a média da liquidez geral das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018 e 2019, também, em relação a um universo de milhares de empresas.*

54. *O que permite, igualmente, concluir pela existência de um significativo número de potenciais candidatos e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.*

- Solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020

55. *O rácio de solvabilidade traduz a capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a médio e longo prazo, por recurso à sua estrutura de capitais próprios e deve ser lido em conjunto com os rácios de endividamento e autonomia financeira.*

56. *Como bem conclui o Acórdão recorrido, o requisito exigido significa que a empresa deveria possuir "ativos suficientes para cobrir pelo, menos duas vezes, o valor total das suas obrigações no longo prazo."; o que não é nada de anormal, sendo aliás, prudente e sensato.*

57. *Trata-se de um rácio importante para analisar a sustentabilidade da empresa no que respeita à sua viabilidade e continuidade, devendo o mesmo ser superior a 100.*

58. Um rácio muito baixo indicia uma fraca viabilidade da empresa no futuro e é sinónimo de elevada fragilidade económico-financeira; quando mais elevado for o rácio de solvabilidade melhor porque significa que o património da empresa é suficiente para cumprir com todas as suas dívidas e responsabilidades.
59. Este foi um rácio considerado essencial pela entidade adjudicante, tendo em conta a natureza da empreitada, o seu valor e a afetação de meios financeiros necessários para garantir a boa execução do contrato, e as necessidades de assegurar que a adjudicatária demonstrasse capacidade de manter a sua atividade e viabilidade a médio e longo prazo por forma a cumprir com as obrigações de garantia pelos prazos máximos (5 e 10 anos).
60. Existem empresas no mercado que cumprem com o valor mínimo exigido, facto que ficou demonstrado no presente procedimento, bem como da realidade das empresas do setor decorre, atenta a média deste rácio, que existem muitas empresas no mercado que oferecem o estabilidade, sustentabilidade e viabilidade pretendida.
61. Na fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira não pôde a entidade adjudicante descurar as consequências no tecido empresarial da recente crise económica e financeira, em especial a devastação ocorrida no setor da construção civil, que arrastou para a insolvência uma relevante número de médias e grandes empresas de construção civil nunca antes visto, que é do conhecimento público, nem a instabilidade e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiros da pandemia da Covid 19, que provocam um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.
62. Não se pode descurar que o n.º 4 do art. 165.º do CCP manda que os requisitos de capacidade técnica e financeira sejam mais exigentes do que aqueles que presidem à concessão do alvará de construção.
63. É perspicua que os requisitos de capacidade financeira fixada no PP do procedimento pré-contratual público sub iudice são adequadas, razoáveis e proporcionais, não discriminatórios e não beliscam nenhuma das normas legais e princípios jurídicos que norteiam o direito pré-contratual público, em especial, os

[Handwritten signatures and initials in blue and black ink]



princípios da proporcionalidade, equilíbrio, igualdade, da economia, eficácia, eficiência, da concorrência e da prossecução do interesse público.

64. *Em síntese, impõe-se aderir na sua plenitude à conclusão do Tribunal recorrido expresso no douto Acórdão recorrido: "Em suma, exige-se, pois, que a empresa candidata tenha uma boa base sólida de recursos próprios (autonomia financeira de 60%) e uma boa capacidade de cumprir as suas obrigações no longo prazo (solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200%). Sendo que foi considerada uma baixa liquidez geral (4%).*

Neste contexto, não se vislumbra que tais requisitos mínimos se revelem desproporcionados ou desnecessários face ao contrato a celebrar, obra pública cujo preço base é de € 2.275.312, 42.

Ademais, os requisitos mínimos foram perfeitamente justificados como consta no relatório final, (...)"., cujo a transcrição deve aqui ser considerada reproduzida para todos os efeitos legais.

65. *Perspicientemente, o Tribunal recorrido constatou "que uma das empresas que compõem o agrupamento, a Farrobo – Sociedade de Construções S.A demonstrou quanto ao requisito de autonomia financeira uma média de 69,02 e quanto ao requisito de solvabilidade geral positivo indicou 204,071 % - ponto 12 e 14 do probatório."*

66. *Por sua vez, o Tribunal a quo foi sensível aos "riscos associados à execução do contrato e da importância de um efetivo e credenciado cumprimento do contrato de empreitada a realizar; considerando que o objeto do procedimento consiste na empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em várias caminhas, estrados e ruas que integram a rede viária do Município de São Vicente, mais concretamente (...)", com uma extensão total de cerca de 70.000 m2.*

Sem prescindir,

III – Da faculdade de equivalência do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira

67. Atualmente, tendo em conta a redação do artigo 179.º do CCP, é manifesto que o Tribunal de 1.ª instância e os recorrentes desvalorizam a faculdade prevista no seu n.º 3 e sobrevalorizaram os requisitos de capacidade financeira exigidos no que à sua relevância concorrencial diz respeito.

68. O Artigo 179.º, sob a epígrafe “Modelo simples de qualificação”, dispõe o seguinte.

“1 - No caso de a qualificação não assentar no sistema de seleção, previsto no artigo 181.º, são qualificados todos os candidatos que preencham os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira.

2 - Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, a candidata recorra a terceiros entidades, a capacidade destas apenas aproveita àquele na estrita medida das prestações objeto do contrato a celebrar que essas entidades se comprometem a realizar.

3 - Exclusivamente para os efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira:

a) A apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo vi ao presente Código e da 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.”

69. Esta possibilidade está expressamente consagrada no n.º 3 da cláusula 14.ª do PP e visa, precisamente, viabilizar a apresentação de candidaturas por candidatos que, eventualmente, não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade exigidos, sendo certo que tal possibilidade é inteiramente admissível no procedimento sub judice, por ter sido adotado o modelo simples de qualificação.

70. Ou seja, no presente procedimento de concurso limitado qualquer empresa que não preenchesse os requisitos mínimos de capacidade financeira poderia apresentar uma declaração bancária, conforme modelo do anexo VI ao CCP, considerando-se que tal equivaleria ao respetivo preenchimento para efeitos de qualificação.



71. Ora, as recorrentes e quaisquer outras empresas que não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade financeira poderiam ser qualificadas mediante a apresentação da identificada declaração bancária, sendo certo que se os respetivos rácios financeiros não servissem para obter o referido documento pelo banco, não é razoável impor ao R. qualificar e contratar com tais candidatas que tenham sido considerados inidóneos pelo setor bancário., em especial para executar um contrato de empreitada com as características daquele que nos ocupa.
72. É perentório que a possibilidade de fazer equivaler os requisitos mínimos de capacidade financeira através de uma declaração bancária, esvazia significativamente o peso dos requisitos na que aos preenchimento de condições especiais em procedimentos limitados.
73. No caso em apreço, as recorrentes não alegaram, nem lograram alegar factos concretos demonstrativos da impossibilidade de obter a mencionada declaração.
74. Nesta conformidade, é inquestionável a conclusão de que os requisitos de capacidade financeira sub judice são adequados à natureza das prestações objeto do contrato de empreitada o celebrar, tendo em conta a sua natureza, complexidade de execução (intervenção em mais do que 10 vias públicas municipais) expressão financeira, custos previsionais de alavancagem financeira no 3.º e 4.º primeiros meses de execução da empreitada, duração, com inclusão dos prazos de duração das obrigações de garantia e de que era viável lançar mãos da faculdade de proceder à respetiva equivalência.
75. Por fim, nada foi alegado e provado sobre a violação do limite imposto à fixação de requisitos de capacidade financeira, previstos no n.º 4 do art. 165.º do CCP, sendo certo que os requisitos em apreço o não violam e a sua necessidade e adequação se encontra suficientemente fundamentada, conforme decorre das motivações do presente recurso.

[Handwritten signatures and marks in blue and black ink]



IV – Da não alegação de factos concretos e objetivos que permitem concluir pela violação dos princípios e normas aplicáveis à contratação pública

76. É irrefutável que a conclusão da violação dos princípios da proporcionalidade, adequação, igualdade e concorrência pelos requisitos de capacidade financeira exigidos pelas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP, pressuponha que as recorrentes alegassem factos concretos e objetivos demonstrativos do excesso e de uma “restrição” injustificada da concorrência e que, consequentemente a douta sentença os acolhesse.

77. Ora, compulsada, com toda a atenção, o conteúdo da douta P.I., bem como a fundamentação de factos e de direito das alegações de recurso não se vislumbra a invocação e demonstração de factos suscetíveis de concluir pela violação dos princípios invocados, sendo certo que é insuficiente alegar genericamente a violação de princípios.

78. Com efeito, é consabido que o recurso ao concurso limitado tem por finalidade selecionar candidatos e não é apenas porque alguns candidatos ou operadores económicos não preenchem os requisitos de capacidade financeira fixados que ocorre a violação dos princípios da contratação pública.

79. Em boa verdade, as que as recorrentes alegaram é que os requisitos são excessivos, desproporcionais e inadequados, sem invocar e demonstrar factos que permitam concluir que, no procedimento em causa, os mesmos são prevaricadores e, consequentemente ilegais.

80. O que decorre do que se vem alegando é precisamente o contrário, ou seja, os requisitos mínimos de capacidade financeira estão adequados ao contrato a celebrar e ao conteúdo de todas as suas prestações (principais e secundárias/acessórias) e visam garantir a sua boa e regular execução, numa área de intervenção delicadíssima para a vida e segurança das pessoas bens e que, por conseguinte, se requer que seja de execução contínua, sem rios de interrupções e atrasos e por operadores capazes de assegurar o cumprimento dos prazos de garantias dos trabalhos a realizar.



81. *Tudo isto sem descurar que as recorrentes poderiam ter feito equivaler o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeiro, apresentando a declaração bancária, conforme modelo VI ao CCP.*

82. *Em suma: os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados na Cláusula 14.ª do PP são adequados, são passáveis de serem cumpridos por um significativo número de empresas, tendo sido fixados por referência ao conteúdo do contrato a celebrar, aos deveres e sujeições por ele construídas, sendo totalmente legais e válidos.*

E) Da alegada violação do caso julgado material

83. *Não assiste razão às recorrentes quando alegam que nos presentes autos ocorre uma situação de violação do caso julgado material.*

84. *A intervenção do TC tem um âmbito, pressupostos e finalidades próprias, específicas e distintas no que respeita à matéria da contratação pública e da realização de despesas.*

85. *Entre as atribuições e competências e, consequentemente, as respetivas decisões, proferidas pelos Tribunais Administrativos e pelo TC não ocorre caso julgado material.*

86. *Embora juridicamente, como direito a constituir, se defenda que deve ser construída uma solução jurídica e legal para os casos em são interpostas ações de contencioso pré-contratual nos Tribunais Administrativos que tenham por objeto contratos sujeitos a visto prévio, devendo-se, na nossa modesta opinião, fazer prevalecer as decisões dos Tribunais Administrativos, determinando-se a suspensão dos processos de visto prévio até ao trânsito em julgado das sentenças proferidas pelos tribunais administrativos, sempre que existam questões coincidentes.*



F) Conclusões

40. *Em virtude da extinção do procedimento e da cessão de vigência por impossibilidade legal de produção de efeitos do contrato de empreitada celebrado na sequência do procedimento pré contratual objeto dos presentes autos, bem como da abertura de um novo procedimento de concurso público com prévia qualificação adjudicado às recorrentes Tecnavia Madeira e Tecnavia e celebração de um novo contrato de empreitada com o mesmo objeto no passado dia 05.12.2023, na sequência do trânsito em julgado da decisão de recusa do visto prévio ao contrato celebrado na sequência do procedimento pré contratual impugnado, ocorre uma inequívoca causa de extinção da instância, mais especificamente a impossibilidade ou inutilidade superveniente da lide, prevista na al. e) do art. 277.º do CPC, aplicável ex vi art. 1.º do CPTA, cuja declaração se impõe.*

Sem prescindir,

41. *As recorrentes não lograram demonstrar o preenchimento dos requisitos legalmente exigidos no n.º 1 do art. 150, º do CPTA, justificativos da admissibilidade da revista excecional, impondo-se a sua rejeição.*
42. *Esta em causa uma questão normal e não relevante e não foi demonstrado de modo suficiente e inovador a necessidade de efetuar uma melhor aplicação do direito, atenta primarosa fundamentação de direito constante do Acórdão recorrido.*

Continuando sem prescindir,

Apreciação do recurso:

43. *As recorrentes mantêm a mesma linha argumentativa abstrata e genérica, limitando-se alegar a violação dos princípios da proporcionalidade e da concorrência, sem nada de concreto alegar e provar.*
44. *Os factos provados encontram-se melhor descritas nos pontos 1) a 15) do título II – Fundamentação de facto, de folhas 3 a 21, da douta sentença proferida pelo TAF do Funchal.*
45. *Nem que seja o título de ilações, não se pode descurar a informação oficial constante dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeira das*



Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, elaborados e disponibilizados no site do IMPC (<https://www.impic.pt>), constata-se que o requisito financeiro referente à **autonomia financeira** fica abaixo da média do quartil superior na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 10,11 e 12, que se encontram juntos com a Resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias), mais especificamente:

- No ano de 2017, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 63% na região do Alentejo, num universo de 734 empresas;
- 61% na região do Algarve, num universo de 1.376 empresas;
- 57% na região Centro, num universo de 4.855 empresas;
- 60% na região da AM Lisboa, num universo de 8.090 empresas;
- 60% na Madeira, num universo de 527 empresas;

61% nas Açores, num universo de 327 empresas (Vide doc. 10, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2018, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 66% na região do Alentejo, num universo de 754 empresas;
- 64% na região do Algarve, num universo de 1.460 empresas;
- 58% na região Centro, num universo de 4.976 empresas;
- 61% na região da AM Lisboa, num universo de 8.414 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 567 empresas;
- 60% nas Açores, num universo de 351 empresas (Vide doc. 11, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).

- No ano de 2019, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:

- 65% na região do Alentejo, num universo de 792 empresas;
- 63% na região do Algarve, num universo de 1553 empresas;
- 59% na região Centro, num universo de 5236 empresas;
- 62% na região da AM Lisboa, num universo de 8993 empresas;
- 61% na Madeira, num universo de 584 empresas;
- 59% nas Açores, num universo de 392 empresas (Vide doc. 12, junto com a resposta ao Incidente de adoção de Medidas Provisórias).



46. Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC, consta-se que em várias regiões dos país, a média da **liquidez geral** das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018 e 2019, também, em relação a um universo de milhares de empresas (Vide doc. 13, 14 e 15, juntos com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias), mais concretamente:

- Em 2017 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 495% na região do Alentejo, num universo de 731 empresas;
- 412% na região do Algarve, num universo de 1.365 empresas;
- 357 % na região Centro, num universo de 4.841 empresas;
- 443 % na região da AM Lisboa, num universo de 8.047 empresas;
- 407 % na Madeira, num universo de 523 empresas (Vide doc. 13, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2018 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 469% na região do Alentejo, num universo de 747 empresas;
- 406% na região do Algarve, num universo de 1455 empresas;
- 355 % na região Centro, num universo de 4966 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8367 empresas;
- 444 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 14, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

- Em 2019 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:

- 463% na região do Alentejo, num universo de 786 empresas;
- 392% na região do Algarve, num universo de 1549 empresas;
- 359 % na região Centro, num universo de 5225 empresas;
- 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8952 empresas;
- 357 % na Madeira, num universo de 581 empresas (Vide doc. 15, junto com a resposta ao Incidente para a Adoção de Medidas Provisórias).

47. A matéria de direito está reduzida à seguinte questão: Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas als. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP violam os princípios da proporcionalidade e da concorrência?

48. A resposta certa só pode ser negativa.

49. No atual quadro legal as entidades adjudicantes gozam de discricionariedade na decisão de escolha do tipo de procedimento, em particular na opção entre um concurso público e um concurso limitado por prévia qualificação (artigos 18.º, al. b) do art. 19.º e art. 38.º do CCP), bem como na fixação dos requisitos mínimos de



capacidade técnica e financeira (al. h) da n.º 1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).

50. A alegada discricionariedade foi reforçada em relação à fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, com a reforma do CCP, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que erradicou quaisquer referências a indicadores financeiros ao suprir a fórmula matemática constante do anterior anexo IV do CCP.

51. Veja-se neste sentido a doutrina sufragada por Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª ed., vol. 1, Almedina, 2018, pg. 746. 749 e 751, onde, numa boa sentisse se refere que "(...). Trata-se, certamente, de um poder discricionário, logo materializada na escolha de um modelo de procedimento que inclui aquela fase, e que, a seguir, se estende à própria formulação de requisitos, pois, à entidade adjudicante é concedida a faculdade de formular os requisitos mínimos que reputa necessários e adequados para se assegurar quanto à boa execução do contrato."

52. Na mesma linha no Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dgsi.pt, sumariou-se o seguinte entendimento:

"I - O concurso limitado por prévia qualificação encontra-se legalmente previsto nos artigos 162.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e compreende duas fases: a fase de apresentação de candidaturas e de qualificação dos candidatos; e a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

II - Por força do preceituado nos artigos 164º e 165º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante tem, no âmbito da sua margem de livre decisão, de estabelecer quais os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira para a boa execução do contrato a celebrar, estando, no entanto, sempre vinculada aos limites decorrentes da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.

III - É da Administração o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa.

IV - O facto provado de haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal, mas é um índice a considerar pelo juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa."

53. No caso sub judice os poderes discricionários do Recorrente, enquanto entidade adjudicante, foram exercidos com total respeito pelos princípios da proporcionalidade e concorrência.

54. Na verdade, a realidade destes autos em nada tem a ver com os casos em que o Tribunal sentiu necessidade de balizar a liberdade de decisão da Administração Pública, designadamente através do Ac. TCAN, de 25 de Março de 2010, Proc. 1257/09, cujo sumário é o seguinte:

"VI. Revela-se como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínimo de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tem um valor estimado de cerca de 131.000,00 €.

VII. Tem-se, também, como violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, e bem assim do n.º 3 do art. 165.º do CCP, a consagração no concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/recepção), de um requisito mínimo de autonomia financeira igual ou superior a 0,35 quando a execução do contrato tem a duração de nove meses e um preço base de 131.000 €.

VIII. Revela-se igualmente violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade a definição/exigência no «PC» quanto ao requisito de qualificação da capacidade técnica de potenciais concorrentes a detenção por estes dum número mínimo de vigilantes inscritos no MAI de 1000, em cada um dos últimos três anos e dos quais 75% pertençam aos quadros efectivos da empresa, quando a celebração do contrato de prestação de serviços de vigilância/recepção envolve apenas 14 instalações de saúde do área de Penafiel, Paredes e Castelo de Paiva que exigem cada 01 vigilante nos períodos e horários ali definidos, mostrando-se, eventualmente, suficientes 42 vigilantes."

E do Ac. - Ac. TCAS, de 24.05.2018, Proc. N.º 1647/17.18ESNT:

"IX. Considerando os concretos termos das prestações contratuais e do contrato a executar, o contrato para prestação de serviços de segurança e de vigilância, pelo prazo de um ano, com o valor base de € 257.000,00, muito inferior ao limiar da Diretiva 2014/24/UE, de € 750.000,00, a exigência como requisito mínimo de capacidade financeira das candidatas, de que o capital próprio da empresa seja de, pelo menos, 40% do ativo líquido, constitui um excesso, é exagerada e violadora do princípio da proporcionalidade, na vertente da (des)necessidade."

55. No procedimento sub judice está em causa um contrato de empreitada que tem por objeto a reparação de pavimentos betuminosos com as seguintes principais características:

- a. Reparação do pavimento de mais do que 10 vias de circulação do Concelho de São Vicente, algumas das quais constituem vias de grande relevância e



- importância para a circulação de pessoas e bens, num total de mais de 67.000 m²;
- b. O preço base da empreitada é de 2.750 312, 34 €;
- c. O prazo de execução dos trabalhos é de 365 dias;
- d. A periodicidade dos pagamentos é mensal, com base em autos de medição, e o prazo de pagamento das faturas é de 60 dias;
- e. Até ao 3.º mês a previsão de custos a enfrentar pelo empreiteiro é de 210.042,19 € e no 4.º mês é de 380.074,87 €;
- f. As obrigações de garantia são de 5 e 10 anos.
56. Do alegado decorre que estamos perante um contrato de complexa execução, atenta à quantidade de vias de circulação e de m² que é necessário reparar é à respetiva dispersão, de grande expressão financeira e com prazos de execução e de garantia alargados que impõem especiais preocupações.
57. Por sua vez, é do conhecimento público que as intervenções nas vias públicas de circulação acarretam especiais necessidades de salvaguarda e proteção do interesse público com vista a prevenir e evitar os graves transtornos e incómodos para a vida e regular e normal circulação de pessoas e bens, que lamentável e frequentemente estão associados a este tipo de intervenções.
58. O Tribunal de 1.ª Instância e os recorrentes descuraram e/ou ignoraram completamente a ciência e as normas técnicas padrão aplicáveis à análise dos rácios de gestão financeira das empresas, nomeadamente no que respeita à sua razão de ser e finalidades.
59. A autonomia financeira visa assegurar que a empresa tem capacidade para fazer face aos seus compromissos financeiros através dos capitais próprios.
60. Quanto maior for o rácio de autonomia financeira, maior será a estabilidade da empresa, devendo o valor aceitável e recomendado pelos especialistas situar-se entre os 30% e os 60%.
61. O valor exigido de 60% está dentro dos limites recomendados e está abaixo da média do quartil superior de um grande e significativo número de empresas de construção civil da esmagadora maioria das regiões do país.
62. Por sua vez, o rácio de liquidez geral mede a capacidade da empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo.
63. De acordo com a prudência, quanto maior for o rácio da liquidez geral, o qual é recomendável que seja superior a 100%, maior é a capacidade de a empresa fazer face aos compromissos de curto prazo.

A 8
B
X
el.
X
in



64. O limite mínimo exigido pelo PP é atingido pelas empresas situadas no quartil superior, também, em relação à esmagadora maioria das regiões do país, no que respeita aos anos de 2017 a 2019.
65. O que significa que são milhares as empresas que cumprem com a percentagem mínima exigida.
66. Por fim, o rácio de solvabilidade corresponde à capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a médio e longo prazo com recurso à sua estrutura de capitais próprios.
67. É com base neste rácio que se consegue apurar qual a sustentabilidade da empresa no que concerne à sua viabilidade e continuidade.
68. Por conseguinte, quanto mais elevado for o rácio de solvabilidade, maior é a sustentabilidade e viabilidade da empresa e a sua capacidade de honrar as suas dívidas e responsabilidades; quanto menor for, maior é a sua fragilidade.
69. Ora, nos empreitadas este rácio deve ser elevado, porque, para além da elevada expressão financeira que caracteriza muitos dos contratos, como é o caso, é muito importante acoutelar que a empresa adjudicatária é sustentável e oferece condições de continuidade da atividade, designadamente para cumprir com as obrigações de garantia de obra, que perduram, como é de lei por 5 e 10 anos.
70. Em síntese, impõe-se aderir na sua plenitude à conclusão do Tribunal recorrido expresso no douto Acórdão recorrido: "Em suma, exige-se, pois, que a empresa candidata tenha uma boa base sólida de recursos próprios (autonomia financeira de 60%) e uma boa capacidade de cumprir as suas obrigações no longo prazo (solvabilidade geral positivo igual ou superior a 200%). Sendo que foi considerada uma baixa liquidez geral (4%).

Neste contexto, não se vislumbra que tais requisitos mínimos se revelem desproporcionados ou desnecessários face ao contrato a celebrar, obra pública cujo preço base é de € 2.275.312, 42.

Ademais, os requisitos mínimos foram perfeitamente justificados como consta no relatório final, (...).", cuja a transcrição deve aqui ser considerada reproduzida para todos os efeitos legais.

71. Perspicazmente, o Tribunal recorrido constatou "que uma das empresas que compõem o agrupamento, a Farroba -- Sociedade de Construções S.A demonstrou quanto ao requisito de autonomia financeira uma média de 69,02 e quanto ao requisito de solvabilidade geral positivo indicou 204,071 % - ponto 12 e 14 do probatório."

72. Por sua vez, o Tribunal a quo foi sensível aos “riscos associados à execução do contrato e da importância de um efetivo e credenciado cumprimento do contrato de empreitada a realizar; considerando que o objeto do procedimento consiste na empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários caminhos, estradas e ruas que integram a rede viária do Município de São Vicente, mais concretamente (...)”, com uma extensão total de cerca de 70.000 m2.

Sem prescindir,

73. Perante a atual redação do n.º 3 do art. 179.º do CCP, a relevância dos requisitos mínimos de capacidade financeira, como condições especiais de seleção, foi severamente reduzida, tornando-se praticamente inócua do ponto de vista da qualificação e concorrencial.

74. Na verdade, ao se prever que equivale aos preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira a apresentação de uma declaração bancária, que tem a natureza de uma carta de conforto e de compromisso de disponibilização dos meios financeiros necessários para o adjudicatário enfrentar os custos de execução financeira do contrato, releou-se os requisitos mínimos de capacidade financeira para um segundo plano, que de modo algum pode comprometer a qualificação das empresas em procedimentos pré contratuais, designadamente referentes a contratos de empreitada, cuja expressão financeira tenha uma significativa relevância.

75. As recorrentes poderiam ter feito uso desta faculdade ou, pelo menos, nada alegaram (para além de uma infundada impossibilidade de obter a declaração dentro do prazo fixado com respeito pelos limites previstos no CPP para apresentar a candidatura) para demonstrar que estavam impedidas ou impossibilitadas, por qualquer razão atendível e razoável, de recorrer à mencionada faculdade de equivalência.

76. Na verdade, as empresas que não reúnam condições para fazer equivale o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeiras, através da apresentação da declaração bancária, também, por igualdade de razão, não devem ser consideradas idóneas para assumir perante as entidades adjudicantes as obrigações que emergem dos contratos públicos a celebrar, sob pena de se compactuar com uma clamorosa incongruência.

77. Quanto a esta questão resta alegar que as recorrentes não podiam ignorar tal faculdade porque, para além de resultar de uma norma legal, foi expressamente consagrada na n.º 3 da Cláusula 14.ª do PP.
78. Nesta conformidade, no procedimento em apreço, qualquer empresa que não preenchesse os adequados e necessários requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no PP ou noutros termos, poderia candidatar-se, apresentando, em alternativa ao respetivo preenchimento, a declaração bancária, em conformidade com o modelo de declaração a que corresponde o anexo VI do CCP.
79. Em suma: os requisitos de capacidade financeira exigidos nas als. c), d) e e) do n.º 1 da Cláusula 14.ª do CCP são totalmente válidos, na medida em que correspondem ao exercício de um verdadeiro poder discricionário, são adequadas, necessários e proporcionais, tendo por referência à natureza das prestações objeto do contrato e a salvaguarda do interesse público subjacente à boa e regular execução do mesmo que a entidade adjudicante pretende tem todo o direito em acautelar, sendo certo que o respetivo preenchimento poderia ter sido, em alternativa, feito equivaler mediante a apresentação de uma declaração bancária.
80. Por as atribuições e competências dos Tribunais Administrativos e do Tribunal de Contas divergirem claramente quanto ao seu âmbito, pressupostos e finalidades, é manifesto que não ocorre a alegada violação de caso julgado material."

➤ **Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul (Vide doc. 4), que aqui deve ser considerado reproduzidos para todos os efeitos legais.**

➤ **Alegações do recurso da decisão de recusa do visto prévio apresentado no Processo de Fiscalização Prévia n.º 43/2022 - Decisão n.º 74/2022-FP/SRMTC (Vide doc. 5):**

“

G) Razões de direito

7. A matéria de direito está reduzida a duas questões: (i) Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas als. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP violam o princípio da proporcionalidade? (ii) O modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamentos fixado no PP é ilegal e inválido?

Apreciemos cada uma delas de per si,

(i) Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas als. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP violam o princípio da proporcionalidade?

8. Salvo o devida respeito, a decisão recorrida apresenta-se vaga, abstrata e genérica na sua fundamentação e viola o disposto no n.º 1 do art. 165.º do CCP, conjugado com o seu art. 1.º e com o art. 7.º do CPA e com o art. 266.º da CRP.
9. Acresce, ainda, a clamorosa violação do princípio da discricionariedade administrativa e do basilar princípio da separação de poderes, consagrado art. 2.º e 111.º da CRP, por consubstanciar uma imiscuição infundada e injustificada do poder judicial no poder administrativo/executivo, ferindo-a de inconstitucionalidade.
10. Com efeito, a douta decisão recorrida limita-se a tecer considerações sobre conceitos, princípios e normas jurídicas, sem justificar, concreta e objetivamente, em que medida os requisitos mínimos de capacidade financeira em apreço são desproporcionais e em que medida restringem a concorrência em moldes inadmissíveis.
11. É indisputável que as entidades adjudicantes gozam de discricionariedade e liberdade, com respeito pelas normas legais e princípios previstos no CCP, na fixação dos requisitos mínimos de financeiro (al. h) do n.º 1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).
12. Esta discricionariedade foi reforçada em relação à fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, com a reforma do CCP, levada a cabo pelo Decreto-Lei



n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que erradicou quaisquer referências a indicadores financeiros ao suprir a fórmula matemática constante do anterior anexo IV do CCP.

13. Como refere Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018, pag. 746:

"(...) as entidades adjudicantes podem pretender definir requisitos ainda mais exigentes que os operadores económicos deverão preencher para poderem aceder ao procedimento. Pois bem, a lei autoriza-as a estabelecer requisitos dessa natureza, que são, portanto, requisitos especiais, delineados no caso concreto (não pela lei) em função de cada específica procedimento e de cada contrato a adjudicar: trata-se de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (cf. artigo 165.º).

As entidades adjudicantes ficam, assim, em posição de se assegurarem de que a execução dos seus contratos, sobretudo os mais complexos ou os de maior importância económica, vai ser confiada a operadores económicos capazes, com optidão técnica e financeira, prevenindo o risco de terem de contratar com operadores económicos que – apesar de serem titulares das habilitações oficiais exigidas – ainda não deram provas concretas da sua optidão técnica para a execução de contratos mais complexos; ou que, em casos de maior exigência, podem não dispor de recursos financeiros necessários para enfrentar os encargos que a execução do contrato comporta."

14. *Por conseguinte, é indiscutível que a opção pelo concurso pública limitado por prévia qualificação, atenta a sua natureza e finalidade, implica, natural e necessariamente, a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica e/ou financeira que visam selecionar candidatos, ou seja e assumindo frontalmente: o concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento que visa limitar a concorrência aos operadores económicos que preencham os requisitos de capacidade técnica e/ou financeira fixados no PP e reputados necessários e adequados pela entidade adjudicante com referência à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e à respetiva estimada optidão para fazer face aos previsíveis encargos financeiros necessários enfrentar para assegurar o bom e pontual cumprimento das obrigações contratuais.*

15. Como ensina o citado Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018, pag. 749:



"Por sua vez, os requisitos de capacidade financeira são impostos com o propósito de assegurar que os candidatos disponham da capacidade económica e financeira para enfrentar os custos que vão ter de suportar com a execução do contrato. Neste caso, a lei abstém-se de enunciar, de forma explícita, um critério de orientação de que as entidades adjudicantes se possam servir no processo de definição de requisitos mínimos e também é omissa quanto aos elementos de referência que elas podem exigir para demonstrarem da capacidade financeira".

16. Ensina o identificado autor, in obra citada, pag. 751, que:

"O poder, conferido às entidades adjudicantes, de formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a reconhecer-lhes o poder de definição de condições administrativas de acesso dos operadores económicos ao mercado (...): na verdade, as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a excluir do mercado ("do mercado específico") um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionalismo administrativo ad hoc, determinado, caso a caso, por cada entidade adjudicante (...)."

(...). Trata-se, certamente, de um poder discricionário, logo materializado na escolha de um modelo de procedimento que inclui aquela fase, e que, a seguir, se estende à própria formulação de requisitos, pois, à entidade adjudicante é concedida a faculdade de formular os requisitos mínimos que reputa necessários e adequados para se assegurar quanto à boa execução do contrato."

17. Na Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dqsi.pt, decidiu-se que:

"I - O concurso limitado por prévia qualificação encontra-se legalmente previsto nos artigos 162.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e compreende duas fases: a fase de apresentação de candidaturas e de qualificação dos candidatos; e a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

II - Por força do preceituado nos artigos 164º e 165º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante tem, no âmbito da sua margem de livre decisão, de estabelecer quais os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira para a boa execução do contrato a celebrar, estando, na entanto, sempre vinculada aos limites decorrentes da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.



III - É da Administração o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa.

IV - O facto provado de haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal, mas é um índice a considerar pelo juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa. - o sublinhado e negrito é nosso.

18. Como sempre foi alegada e reconhecida pelo recorrente, discricionariedade não é sinónimo de arbitrariedade.

19. Por conseguinte, a liberdade de decisão na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira deve ser balizada pela lei e pelos princípios jurídicos, como, aliás, o foi inteiramente no procedimento sub judice, designadamente da concorrência, proporcionalidade, igualdade (não discriminação) e da prossecução do interesse público.

20. Neste sentido vide *Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, in Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2016, pag. 453.*

21. A disciplina da fixação dos requisitos de capacidade técnica e financeira consta do artigo 165.º do CCP.

22. Destarte, o que importa, nestes autos, é sindicar se os requisitos mínimos de capacidade financeira, fixados nos als. c), d) e e) da cláusula 14.ª do PP, são legais e válidos, ou seja, se respeitam as normas e os princípios do direito pré-contratual público, em especial da proporcionalidade e da concorrência.

23. O recorrente está convicto que exerceu os seus poderes discricionários com total observância dos princípios da proporcionalidade e da concorrência.

24. Na verdade, estamos muito longe de casos desproporcionais como os que foram decididos nos seguintes processos:

- Ac. TCAN, de 25 de Março de 2010, Proc. 1257/09, cujo sumário é o seguinte:



I. O programa do concurso («PC») corporiza a regulamentação que define os termos a que deve obedecer a fase da formação do contrato [cfr. art. 41.º da CCP], sendo que o mesmo deve conter, nomeadamente, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os candidatos devem preencher [cfr. art. 164.º, n.º 1, als. h), i), m) da CCP], requisitos esses a aferir na fase de qualificação [cfr. arts. 167.º e segs. do mesmo diploma], prevendo-se dois modelos de qualificação (modelo simples e o modelo complexo).

II. Existe uma margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinados a assegurar o cabal cumprimento do contrato.

III. Pese embora tal margem de liberdade que é conferida à entidade adjudicante na definição dos requisitos mínimos da capacidade técnica e da capacidade financeira dos operadores económicos que desenvolvam actividade no mercado e que são potenciais candidatos ao procedimento temos que tal liberdade se mostra, desde logo, limitada pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência, devendo ser operacionalizada de molde a assegurar e respeitar tais princípios e objectivos últimos pelos mesmos propugnados ou prosseguidos.

IV. A definição dos requisitos não poderá ser feita em abstracto sem qualquer ligação ao contrato que se visa vir a outorgar na sequência do procedimento de formação aberto, devendo a mesma considerar e se ajustar ao objecto daquele contrato.

V. Na concretização de tais requisitos terão sempre de estar presentes para além das exigências de proporcionalidade, de necessidade e de adequação à luz do ulterior contrato também os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da protecção subjectiva dos potenciais concorrentes por forma a assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar.

VI. Revela-se como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínimo de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tem um valor estimado de cerca de 131.000,00 €.

VII. Tem-se, também, como violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, e bem assim do n.º 3 do art. 165.º da CCP, a consagração no concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/recepção), de um requisito mínimo de autonomia financeira igual ou superior a 0,35 quando a execução do contrato tem a duração de nove meses e um preço base de 131.000 €.



VIII. Revela-se igualmente violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade a definição/exigência no «PC» quanto ao requisito de qualificação da capacidade técnica de potenciais concorrentes a detenção por estes dum número mínimo de vigilantes inscritos no MAI de 1000, em cada um dos últimos três anos e dos quais 75% pertencam aos quadros efectivos da empresa, quando a celebração do contrato de prestação de serviços de vigilância/recepção envolve apenas 14 instalações de saúde do área de Penafiel, Paredes e Castelo de Paiva que exigem cada 01 vigilante nos períodos e horários ali definidos, mostrando-se, eventualmente, suficientes 42 vigilantes.”

- Ac. TCAS, de 24.05.2018, Proc. N.º 1647/17.1BESNT:

“III. Existindo discricionariedade administrativa na fixação dos critérios de selecção e do requisito de capacidade financeiro, a opção por outros critérios ou critérios menos exigentes noutros procedimentos não tem utilidade ou relevo no procedimento pré-contratual em causa, pois os exemplos trazidos não esgotam o universo dos procedimentos pré-contratuais abertos tendo por objecto a prestação de serviços de segurança e vigilância, não sendo representativos do universo dos procedimentos abertos.

IV. A decisão que conhece da desproporcionalidade entre os requisitos de capacidade financeira e o objecto do procedimento pré-contratual, constitui uma questão de direito destinada a aferir da conformidade de uma norma dos peças do procedimento com um princípio geral da actividade administrativa, o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição e com concretização normativa no artigo 7.º da CPA, traduzindo-se num controlo de legalidade e não de oportunidade do agir administrativo.

V. A fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos ao concurso, traduzindo-se no exercício de uma actividade discricionária, não é arbitrário, estando sujeita ao controlo de legalidade dos tribunais.

VI. Estão em causa requisitos mínimos que têm de ser preenchidos pelos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação, cuja fixação estabelece uma exigência técnica e/ou financeira que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência, assumindo-se como um fator de limitação da concorrência no caso de se estabelecer como requisitos mínimos exigências que não relevam para o objecto do contrato a celebrar ou que não sejam necessárias face à natureza das prestações contratuais a adjudicar, sendo inadequados ou desproporcionados.



VII. Podendo traduzir-se numa viciação das regras da concorrência ou ofender outros princípios, como os de proporcionalidade e adequação, com reflexo na validade da respetiva decisão e da própria decisão de escolha do procedimento, merece a atenção da normatividade aplicável aos procedimentos da contratação pública, como decorre da alínea h), do n.º 1 do artigo 164.º do CCP.

VIII. O juízo de direito sobre o controlo da legalidade da fixação dos critérios de capacidade técnico-financeira dos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação incide sobre a legalidade aplicável, tendo por padrão normativo de referência o princípio da proporcionalidade e não encerra qualquer valoração própria do exercício do poder administrativo, baseada em critérios de conveniência e de oportunidade, não se socorrendo o Tribunal de valorações extrajurídicas ou juízos de (des)valor.

IX. Considerando os concretos termos das prestações contratuais e do contrato a executar, o contrato para prestação de serviços de segurança e de vigilância, pelo prazo de um ano, com o valor base de € 257.000,00, muito inferior ao limiar da Diretiva 2014/24/UE, de € 750.000,00, a exigência como requisito mínimo de capacidade financeira dos candidatos, de que o capital próprio da empresa seja de, pelo menos, 40% do ativo líquido, constitui um excesso, é exagerada e violadora do princípio da proporcionalidade, na vertente da (des)necessidade.”

Apreciação casuística dos requisitos de capacidade financeira declarados incorretamente julgados inválidos

Analisemos cada um dos requisitos, cuja proporcionalidade foi, incorretamente, posta em causa,

- Considerações prévias

25. Importa previamente esclarecer que a fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, ao contrário do que acontece com os requisitos mínimos de capacidade técnica, não deve ser apreciação em termos de adequação à natureza das prestações objeto do contrato, mas sim em função dos limites estabelecimentos no n.º 3 do art. 165.º do CCP, ou seja, não podem exceder o dobro do valor do contrato, salvo em casos devidamente justificados, e devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizarem os meios financeiros



previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais, quer principais, quer acessórias.

26. No caso sub judice, a opção pelo concurso limitado por prévia qualificação e a definição dos requisitos mínimos de capacidade financeira regulados no PP decorreu do objeto do contrato, o qual se encontra devidamente fixado no CE, ou seja, do valor da empreitada, da sua dimensão, da natureza e espécie dos trabalhos, complexidade de execução (mais do que 10 intervenções em vias de circulação de grande importância para o Município de São Vicente) e da necessidade de salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução do contrato e da necessidade de prevenir os graves e enormes transtornos e incómodos na vida e na normal e regular circulação da população e bens, decorrentes de atrasos e incumprimentos, muito característicos deste tipo de intervenções nas vias públicas.

27. Importa ainda destacar a necessidade de salvaguardar o bom cumprimento das prestações de garantia, em virtude de os prazos máximos de garantia no contrato de empreitada em apreço atingirem os 5 e 10 anos.

28. Por fim, apesar de os pagamentos dos trabalhos de construção a executor terem uma periodicidade mensal (baseada em autos de medição), é relevante considerar que o primeiro pagamento apenas ocorrerá no prazo máximo de 3 meses após o início da execução da empreitada, em virtude de o prazo de pagamento das faturas ser de 60 dias, por força do disposto nos n.ºs 3 e 4 da cláusula 36.ª do CE, que fixam o seguinte:

“3. Os pagamentos a efetuar pelo dono de obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com o disposto na Cláusula 27.ª sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.

4. Ao abrigo dos n.ºs 3 e 4 do artigo 299.º do CCP o prazo de pagamento é de 60 dias após a entrada da respetiva da respetiva fatura nos serviços do Município de São Vicente, as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação a que se referem e desde que devidamente aceite pelo Diretor de Fiscalização do Obra.”

29. Atendendo ao Plano de Pagamentos e ao Cronograma Financeiro, apresentado pelo adjudicatário com a proposta e constante dos documentos instrutórios, no terceiros



mês da execução do contrato os custos previstos enfrentar pelo cocontratante são de 210.042,19 € e no quarto mês são de 380.074,87 €.

30. O que significa que é efetivamente necessário o cocontratante deter uma forte e adequada capacidade financeira para enfrentar os custos decorrentes da execução de trabalhos durante, pelo menos, 3 meses ou 4 meses.

- Autonomia financeira média referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%

31. A SRMTC descurou totalmente a ciência e as normas técnicas da análise das rácias de gestão financeira das empresas, revelando um profundo desconhecimento e/ou ignorando totalmente a sua razão de ser e finalidades.

32. Na verdade, apesar de se notar que a SRMTC tentou ir, ainda que mal, mais além do que foi a sentença proferida pelo TAF do Funchal, da mesma resulta um desconhecimento da lógica subjacente à exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira, bem como o seu correto enquadramento na realidade das empresas do setor da construção civil.

33. O rácio de autonomia financeira indica a capacidade de uma empresa fazer face aos seus compromissos financeiros através dos seus capitais próprios.

34. Quanto maior for este rácio maior estabilidade financeira a empresa tem.

35. O valor considerado aceitável, em conformidade com as melhores regras da análise financeira, para efeitos de avaliação de riscos em análise financeira na gestão empresarial, para a generalidade das empresas situa-se entre os 30% e os 60%.

36. O valor exigido, atenta a realidade do setor da construção civil e as características do contrato de empreiteira sub judice, em especial no que respeita ao valor do contrato, aos custos previsíveis de arranque, à capacidade pretendida para assegurar a sua normal execução financeira, com inclusão das obrigações de garantia, é razoável e proporcional e está dentro do valor máximo recomendado e situa-se nos limites aceitáveis.



37. Os Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeira das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018, 2019 e 2020, elaborados e disponibilizados pelo IMPC, decorre que o requisito financeiro em apreço fica abaixo da média do quartil superior (valor a partir do qual se encontram 25% dos valores mais elevados = valor aos 75% da amostra ordenada = 75º percentil), na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas.

38. O que permite concluir pela existência de um significativo número (centenas) de potenciais candidatos ao presente procedimento (exclusive no mercado regional) e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.

39. Questiona-se, com toda a legitimidade: porque razão, atenta a natureza das obrigações em causa e o seu valor e meios financeiros necessários afetar, não pode a entidade selecionar candidatos enquadrados no quartil superior? Porque razão teria que recuar, por exemplo, para a mediana?

- Liquidez geral média referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 4.0

40. O rácio da liquidez geral mede a capacidade duma empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo (teste de solvabilidade de curto prazo).

41. Segundo os especialistas da matéria e dos manuais padrão, é conveniente que ultrapasse o valor de 100% e quanto mais elevado for mais capacidade financeira imediata a empresa demonstra possuir.

42. Na verdade, trata-se de um rácio importante para a execução das empreitadas públicas, especialmente por não ser usual efetuar aditamentos com a adjudicação e se tratar de contratos que implicam uma significativa afetação e alevancagem de recursos financeiros, como é o caso.

43. Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPC, consta-se que em várias regiões dos país, a média da liquidez geral das empresas de construção civil situadas no quartil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018, 2019 e 2020, também, em relação a um universo de milhares de empresas.



44. O que permite, igualmente, concluir pela existência de um significativo número de potenciais candidatos e, consequentemente, pela salvaguarda da concorrência.

45. Novamente, urge questionar porque razão, atenta a natureza das obrigações do contrato em causa e o seu valor e meios financeiros necessários afetar, não pode a entidade adjudicante pretender seleccionar candidatos que se enquadrem no quartil superior? Porque razão haveria que recuar, por exemplo, para a mediana?!

: Solvabilidade geral positiva igual ou superior a 200% à data de 31 de dezembro de 2020

46. O rácio de solvabilidade traduz a capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a média e longo prazo, por recurso à sua estrutura de capitais próprios e deve ser lido em conjunto com os rácios de endividamento e autonomia financeira.

47. Trata-se de um rácio importante para analisar a sustentabilidade da empresa no que respeita à sua viabilidade e continuidade, devendo o mesmo ser superior a 100.

48. Um rácio muito baixo indicia uma fraca viabilidade da empresa no futuro e é sinónimo de elevada fragilidade económico-financeira; quando mais elevado for o rácio de solvabilidade melhor porque significa que o património da empresa é suficiente para cumprir com todas as suas dívidas e responsabilidades.

49. É importante notar que um rácio de solvabilidade inferior a 1 (ou 100%) significa que a empresa não tem meios próprios para satisfazer toda a sua dívida. O rácio de solvabilidade de 2% exigida significa que o passivo da empresa corresponde a metade do seu património ou que o seu património é apenas o dobro do passivo. É descabido pretender contratar com candidatos cujo património corresponde ao dobro do seu passivo?

50. Este foi um rácio considerado essencial pela entidade adjudicante, tendo em conta a natureza da empreitada, o seu valor e a afetação de meios financeiros necessários para garantir a boa execução do contrato, e as necessidades de assegurar que o adjudicatário demonstrasse capacidade de manter a sua atividade e viabilidade a médio e longo prazo por forma a cumprir com as obrigações de garantia pelos prazos máximos (5 e 10 anos).

51. *Existem empresas no mercado que cumprem com o valor mínimo exigido, facto que ficou demonstrado no presente procedimento, bem como da realidade das empresas do setor decorre, atenta a média deste ratio, que existem muitas empresas no mercado que oferecem o estabilidade, sustentabilidade e viabilidade pretendida.*
52. *É verdade que a maioria das empresas do setor da construção, conforme decorre dos relatórios de análise económica e financeira do IMIPC, apresentam um rácio de solvabilidade abaixo do recomendável e aconselhável.*
53. *No entanto, questiona-se: é adequado proibir (diga-se, o que a lei não proíbe por nem se dar ao trabalho de fixar referências) que uma entidade adjudicante fixe um rácio de solvabilidade que manifestamente lhe permite concluir que o património das empresas é insuficiente para fazer face ao passivo e que, consequentemente, poderá ter de contratar candidatos financeiramente inviáveis?!*
54. *Na fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira não pôde a entidade adjudicante descurar as consequências no tecido empresarial das recentes crises económicas e financeiros, em especial a devastação ocorrida no setor da construção civil, que arrastou para a insolvência um relevante número de médias e grandes empresas de construção civil nunca antes visto, que é do conhecimento público, nem a instabilidade e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiros da pandemia da Covid 19, que provocam um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.*
55. *Não se pode descurar que o n.º 4 do art. 165.º do CCP manda que os requisitos de capacidade técnica e financeiro sejam mais exigentes do que aqueles que presidem à concessão do alvará de construção.*
56. *É perspicuo que as requisitos de capacidade financeira fixado no PP do procedimento pré-contratual público sub judice são adequadas, razoáveis e proporcionais, não discriminatórios e não beliscam nenhuma das normas legais e princípios jurídicos que norteiam o direito pré-contratual público, em especial, os princípios da proporcionalidade, equilíbrio, igualdade, da economia, eficácia, eficiência, da concorrência e da prossecução do interesse público.*

Sem prescindir,



– Da faculdade de equivalência do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira

57. Atualmente, tendo em conta a redação do artigo 179.º do CCP, é manifesto que a SRMTC desvalorizou o facultade previsto no seu n.º 3 e sobrevalorizou os requisitos de capacidade financeira exigidos no que à sua relevância concorrencial diz respeito.

58. O Artigo 179.º, sob a epígrafe “Modelo simples de qualificação”, dispõe a seguinte:

“1 - No caso de a qualificação não assentar no sistema de seleção, previsto no artigo 181.º, são qualificados todos os candidatos que preencham os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira.

2 - Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiras entidades, a capacidade destas apenas aproveita àquele na estrita medida das prestações objeto do contrato a celebrar que essas entidades se comprometam a realizar.

3 - Exclusivamente para os efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira:

a) A apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo vi ao presente Código 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, emitida pela entidade que exerça a supervisão bancária nesse Estado.”

59. Esta possibilidade está expressamente consagrada no n.º 3 da cláusula 14.º do PP e visto, precisamente, viabilizar a apresentação de candidaturas por candidatos que, eventualmente, não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade exigidos, sendo certo que tal possibilidade é inteiramente admissível no procedimento sub judice, por ter sido adotado o modelo simples de qualificação.

60. Ou seja, no presente procedimento de concurso limitado qualquer empresa que não preenchesse os requisitos mínimos de capacidade financeira poderia apresentar uma

declaração bancária, conforme modelo do anexo VI ao CCP, considerando-se que tal equivaleria ao respetivo preenchimento para efeitos de qualificação.

61. Ora, quaisquer candidatos que não preenchessem os requisitos mínimos de capacidade financeira poderiam ser qualificados mediante a apresentação da identificada declaração bancária, sendo certo que se os respetivos rácios financeiros não serviam para obter o referido documento pela banca, não é razoável impor à CMSV qualificar e contratar com tais candidatos que tenham sido considerados inidóneos pelo setor bancário., em especial para executar um contrato de empreitada com as características daquele que nos ocupa.
62. É perentório que a possibilidade de fazer equivaler os requisitos mínimos de capacidade financeira através de uma declaração bancária, esvaziou significativamente o peso dos requisitos mínimos de capacidade financeiros nos concursos limitados.
63. Na caso em apreço, o SRMTC descuroou completamente esta faculdade que a lei confere aos candidatos e que a entidade adjudicante destacou no PP, o que não pode deixar de merecer uma reprovção e censura.
64. A SRMTC “não pode ser mais papista que o papa” e se o legislador criou um mecanismo de equivalência (precisamente para facultar aos candidatos outra via alternativa de apresentar candidatura quando não preencham os requisitos mínimos financeiros exigidos), que, claramente, vero relegar para um segundo plano o “quantum” dos requisitos mínimos de capacidade financeira, tal regime não pode deixar de ser levado em conta para a desmistificação da relevância da demonstração da capacidade financeira dos candidatos através de indicadores financeiros.
65. Na verdade, este regime de equivalência tornou quase irrelevante e inócua o matéria dos requisitos mínimos de capacidade financeira.
66. O que permite concluir que o decisão recorrida assumiu uma posição enquadrada num quadro legal obsoleto em que efetivamente as percentagens de determinados indicadores financeiros podiam afetar a concorrência por serem desadequados;



todavia, é incontroverso que atualmente tal já não sucede, na medida em que todos os operadores económicos podem fazer equivaler os requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos, com recurso a uma mera declaração bancária de disponibilização dos meios financeiros necessários para assegurar a boa execução dos contratos.

67. Nesta conformidade, é inquestionável a conclusão de que os requisitos de capacidade financeira sub judice são adequados para demonstrar a aptidão financeira dos candidatos para o bom e regular cumprimento das obrigações contratuais, tendo em conta a sua natureza, complexidade de execução (intervenção em mais do que 10 vias públicas municipais) expressão financeira, custos previsionais de alavancagem financeira no 3.º e 4.º primeiros meses de execução da empreitada, duração, com inclusão dos prazos de duração das obrigações de garantia e de que era viável lançar mãos da faculdade de proceder à respetiva equivalência.

68. Dito de outro modo, os requisitos mínimos de capacidade financeira não violam o limite de não excederem a dobro do valor do contrato, nem da aptidão estimada para disponibilizar os meios financeiros previsíveis, previstas no n.º 4 do art. 165.º do CCP.

69. Existe mais uma análise que importa efetuar para demonstrar que, hodiernamente, os requisitos de capacidade financeira perderam a sua relevância seletiva no direito pré-contratual público.

70. A interpretação hermenêutica da lei atesta, de modo inquestionável, a afirmação que se acaba de fazer.

71. Vejamos a letra da lei.

72. A adequação à natureza das prestações objeto do contrato, a que se refere o n.º 1 do art. 165.º do CCP, reporta-se exclusivamente aos requisitos mínimos de capacidade técnica.

73. A faculdade de fixar requisitos mínimos de capacidade financeira vem prevista no n.º 4 do art. 164.º, a qual menciona apenas que os mesmos devem respeitar os limites previstos no n.º 3 do art. 165.º do CCP, ou seja, a lei não exige qualquer adequação às prestações do contrato; a lei exige somente que os mesmos se reportem à aptidão

estimado dos candidatos para disponibilizar os previsíveis meios financeiros necessários para assegurar o integral cumprimento das obrigações contratuais.

74. O elemento histórico e sistemático, com a supressão da fórmula matemática constante do anterior Anexo VI do CCP e com a introdução do supra invocado regime de equivalência, reforça a tese da sua perda de importância.

75. Quando se prevê que equivale ao preenchimento dos requisitos financeiros a apresentação de uma declaração bancária, o que se quer dizer é que as mesmas já não são determinantes, nem servem de fundamento para invocar qualquer restrição à participação em concursos limitados por prévia qualificação.

76. Por fim, o elemento teológico do regime vigente da fixação de requisitos mínimos de capacidade financeira, aponta claramente no sentido de que mais importante que os requisitos mínimos de capacidade financeira, o que verdadeiramente importa é assegurar que os candidatos possuem os meios financeiros necessários à boa execução das obrigações, o que pode ser alcançada pela via da equivalência, através de um documento bancário.

77. É irrefutável que a conclusão da violação dos princípios da proporcionalidade, adequação, igualdade e concorrência pelos requisitos de capacidade financeira exigidos pelas ols. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP, pressuponha que a SRMTC fundamentasse concreta e objetivamente o alegado excesso e a alegada restrição injustificada da concorrência.

78. Ora, compulsada, com toda a atenção, a fundamentação de facto e de direito da douta decisão, não se vislumbra a invocação e demonstração de factos suscetíveis de concluir pela violação dos princípios invocados, sendo certo que é insuficiente alegar genericamente a violação de princípios.

79. Com efeito, é consabido que o recurso ao concurso limitado tem por finalidade seleccionar candidatos e não é apenas porque nem todos os candidatos não preenchem os requisitos de capacidade financeira fixados que ocorre a violação dos princípios da contratação pública.

80. Em boa verdade, a decisão recorrida consubstancia uma mera opinião subjetiva de que os requisitos são excessivos, desproporcionais e inadequados, sem invocar e demonstrar factos que permitam concluir que, no procedimento em causa, os mesmos são prevaricadores e, consequentemente ilegais e em que medida afetaram injustificadamente a concorrência.

81. O que decorre do que se vem alegando é precisamente o contrário, ou seja, os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados são os adequados para demonstrar a capacidade financeira que os candidatos devem possuir para enfrentar os encargos necessários com vista a assegurar a bom e pontual cumprimento do contrato a celebrar, numa área de intervenção delicadíssima para a vida e segurança das pessoas bens e que, por conseguinte, se requer que seja de execução contínua, sem rios de interrupções e atrasos e por operadores capazes de assegurar o cumprimento dos prazos de garantias dos trabalhos a realizar.

82. Tudo isto sem descurar que os candidatos poderiam ter feito equivaler o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira, apresentando a declaração bancária, conforme modelo VI ao CCP.

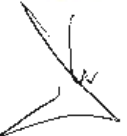
83. Por outro lado, comparar requisitos fixados para outros procedimentos é insuficiente, sobretudo porque cada entidade adjudicante, no seio da discricionariedade que lhe assiste, é livre de efetuar a ponderação das suas necessidades e de, em consequência, fixar os requisitos mais adequados, obviamente, com respeito pelos princípios jurídicos gerais e limites legais.

(ii) O modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamentos fixado pelo PP é ilegal e inválido?

84. Entendeu a SRMTC que o modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira fixado na cláusula 33.ª do PP é excessiva e desproporcional.

85. Quanto a nós erradamente.



86. O artigo 182.º do CCP é muito claro. "Salvo se o programa do concurso não dispuser diferentemente e sem prejuízo do número seguinte (...)." 
87. Ou seja, nesta matéria é muito mais pacífico que as entidades adjudicantes gozam de plena discricionariedade, na medida em que a lei não exige, ao contrário do que estipula a respeito da fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, qualquer adequação à natureza das prestações do contrato ou quaisquer limites. 
88. Está em causa uma norma supletiva e não imperativa, sendo certo que a decisão recorrida, com o devido e merecido respeito, ignorou completamente esta básica noção do estudo do Direito. 
89. Ao coartar a entidade adjudicante de, ao abrigo dos poderes que a lei lhe confere, definir o modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamentos de candidatos, a SRMTC viola de modo gritante a lei, mais concretamente o disposto no n.º 1 do art. 182.º do CCP. 
90. A decisão é igualmente inconstitucional porque constitui uma intolerável intromissão do poder judicial no poder executivo, numa matéria em que a lei confere total discricionariedade às entidades adjudicantes, em total afronta do princípio da separação de poderes consagrado no Artigos 2.º e 111.º da Lei Fundamental. 
91. Em boa verdade, esta decisão navega, no que ao princípio da separação de poderes respeita, em águas perigosas por, neste rumo, ser certo que as entidades adjudicantes deixarão de ter a faculdade de elaborarem as peças dos procedimentos em prossecução do interesse público que pretendem assegurar
92. Qual a norma ou princípio jurídico que é violado quando, no uso de uma faculdade legal, uma entidade adjudicante exige que os requisitos de capacidade técnica sejam preenchidos individualmente por cada um dos membros do agrupamento ou por aquele que detém a maior participação?
93. Quando a nós nada tem de anormal que sejam todos a preencher ou, logicamente, o que detém a maior participação; com esta faculdade e perante tal exigência, cabe aos operadores económicos interessados agruparem-se de modo a satisfazer as exigências, bastando que acordem que um deles deve deter 51% do agrupamento.



94. *Por outro lado, atendendo a todas razões e fundamentos invocados para justificar os requisitos mínimos de capacidade financeira e sem prejuízos do alegado a respeito da interpretação do n.º 1 do art. 182.º do CCP, que norma legal ou princípio impede que a entidade adjudicante pretenda que todos os membros do agrupamento preencham os requisitos mínimos de capacidade financeira?*

95. *Nenhum.*

96. *Reiterasse o que é por demais evidente: as entidades adjudicantes gozam de plena discricionariedade e liberdade no que respeita à definição do modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnicas e financeira por agrupamento de candidatos.*

97. *Por fim, não se pode descurar as preocupações decorrentes das conjunturas económicas e financeiras causadas por factos e circunstâncias imprevisíveis como foi o caso da pandemia da Covid 19 e da recente Guerra da Ucrânia; a exigência dos requisitos financeiros, em contratos de empreitada, com prestações de garantias longas, visam, precisamente, acautelar que os cocontratantes tenham uma morte precoce.*

H) Conclusões

81. *O presente recurso ordinário tem por objeto o douta Decisão n.º 74/2022-FP/SRMTC, datada de 20.09.2022, que recusou o visto prévio ao "Contrato de empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente – 2022.*

82. *Para além dos factos apurados pela SRMTC, deverá este Egrégio Plenário do Tribunal de Contas considerar os seguintes factos relevantes:*

i. *O objeto do contrato consiste na empreitada de reparação de pavimentos betuminosos em vários caminhos, estradas e ruas que integram a rede viária do Município de São Vicente, mais concretamente:*

1. *Estrada da Serra d'Água – Fajã do Penedo, Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;*
2. *Caminho dos Currais – Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;*



3. Caminho da Éira – Lameiros – Freguesia e Concelho de São Vicente;
 4. Caminho do Ribeirinho – Freguesia da Boaventura, Concelho de São Vicente;
 5. Estrada dos Lameiros – Freguesia e Concelho de São Vicente;
 6. Estrada Municipal Padre José Teixeira Marques – Freguesia e Concelho de São Vicente;
 7. Estrada das Lombadas – Freguesia da Ponta Delgada, Concelho de São Vicente;
 8. Caminho da Ribeira Grande, Freguesia e Concelho de São Vicente;
 9. Rua Dr. Horácio Bento Gouveia, Freguesia da Ponta Delgada, Concelho de São Vicente;
- (x) Pavimentações diversas no concelho. (Vide cláusula 1.ª do CL).
- ii. A qualificação dos candidatos assentou no modelo simples de qualificação previsto no artigo 179.º do CCP (Vide Cláusula 17.ª do PP).
- iii. Dos Relatórios Anuais de Análise Económica e Financeira das Empresas do Setor da Construção Civil, referentes aos exercícios de 2017, 2018 e 2019 e 2020, elaborados e disponibilizados no site da IMPC (<https://www.impic.pt>), constata-se que o requisito financeiro referente à **autonomia financeira** exigido fica abaixo da média do quartil superior na maioria das regiões de país, em relação a um universo de milhares de empresas, mais especificamente:
- No ano de 2017, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:
- 63% na região do Alentejo, num universo de 734 empresas;
 - 61% na região do Algarve, num universo de 1.376 empresas;
 - 57% na região Centro, num universo de 4.855 empresas;
 - 60% na região da AM Lisboa, num universo de 8.090 empresas;
 - 60% na Madeira, num universo de 527 empresas;
- 61% nos Açores, num universo de 327 empresas.
- No ano de 2018, a autonomia financeira das empresas do quartil superior era, por regiões, a seguinte:
- 66% na região do Alentejo, num universo de 754 empresas;
 - 64% na região do Algarve, num universo de 1.460 empresas;
 - 58% na região Centro, num universo de 4.976 empresas;
 - 61% na região da AM Lisboa, num universo de 8.414 empresas;
 - 61% na Madeira, num universo de 567 empresas;



- 60% nas Açores, num universo de 351 empresas..
- No ano de 2019, a autonomia financeira das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:
 - 65% na região do Alentejo, num universo de 792 empresas;
 - 63% na região do Algarve, num universo de 1553 empresas;
 - 59% na região Centro, num universo de 5236 empresas;
 - 62% na região da AM Lisboa, num universo de 8993 empresas;
 - 61% na Madeira, num universo de 584 empresas;
 - 59% nas Açores, num universo de 392 empresas.
- No ano de 2020 a autonomia a autonomia financeira das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:
 - 63% na região do Alentejo, num universo de 876 empresas;
 - 65% na região do Algarve, num universo de 1731 empresas;
 - 60% na região Centro, num universo de 5603 empresas;
 - 62% na região da AM Lisboa, num universo de 8993 empresas;
 - 56% na região Norte, num universo de 11695 empresas;
 - 56% na Madeira, num universo de 640 empresas;
 - 58% nas Açores, num universo de 439 empresas.
- iv. Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC e que o Digníssimo SRMTC analisou de modo incorreto e deficitário, consta-se que em várias regiões dos país, a média da **liquidez geral** das empresas de construção civil situadas no quantil superior ultrapassou os 400% no ano de 2017, 2018, 2019 e 2020, também, em relação a um universo de milhares de empresas, mais concretamente:
 - Em 2017 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, o seguinte:
 - 495% na região do Alentejo, num universo de 731 empresas;
 - 412% na região do Algarve, num universo de 1.365 empresas;
 - 357 % na região Centro, num universo de 4.841 empresas;
 - 443 % na região da AM Lisboa, num universo de 8.047 empresas;
 - 407 % na Madeira, num universo de 523 empresas.
 - Em 2018 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:
 - 469% na região do Alentejo, num universo de 747 empresas;
 - 406% na região do Algarve, num universo de 1455 empresas;
 - 355 % na região Centro, num universo de 4966 empresas;
 - 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8367 empresas;



- 444 % na Madeira, num universo de 581 empresas.
 - Em 2019 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:
 - 463% na região do Alentejo, num universo de 786 empresas;
 - 392% na região do Algarve, num universo de 1549 empresas;
 - 359 % na região Centro, num universo de 5225 empresas;
 - 436 % na região da AM Lisboa, num universo de 8952 empresas;
 - 357 % na Madeira, num universo de 581 empresas.
 - Em 2020 a liquidez geral das empresas do quantil superior era, por regiões, a seguinte:
 - 496% na região do Alentejo, num universo de 871 empresas;
 - 453% na região do Algarve, num universo de 1.723 empresas;
 - 380 % na região Centro, num universo de 5.593 empresas;
 - 462 % na região da AM Lisboa, num universo de 9.836 empresas;
 - 367 % na região Norte, num universo de 11.654 empresas;
 - 423 % na Madeira, num universo de 638 empresas;
 - 357 % nos Açores, num universo de 437 empresas.
 - v. No que respeita às condições de pagamento dispõe os n.ºs 3 e 4 da cláusula 36.ª do CE o seguinte: "3. Os pagamentos a efetuar pelo dono de obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com a disposto na Cláusula 27.ª sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.
 - vi. Do Plano de Pagamentos e do Cronograma Financeiro apresentado pelo adjudicatário com a proposta, que consta do processo de visto prévio, decorre que no terceiro mês da execução do contrato, os custos previstos serem enfrentados pelo cocontratante são de 210.042,19 e no quarto mês são de 380.074,87 €.
 - vii. No n.º 3 da cláusula 14.ª do PP encontra-se prevista a seguinte faculdade: "3. Nos termos e para os efeitos previsto no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, considera-se que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira supra exigidos, a apresentação de declaração bancária, conforme modelo constante do Anexo VI do CCP (Anexo 7 ao presente PP) "
83. A matéria de direito está reduzida a duas questões: (i) Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas alí. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP violam o princípio da proporcionalidade e da concorrência? (ii) O modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamentos fixado no PP é ilegal e inválido?

Analise cada uma de per si,



(i) Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas alts. c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.º do PP violam o princípio da proporcionalidade e da concorrência?

84. A douda decisão recorrida é vaga, abstrata e genérica na sua fundamentação, por se limitar a tecer considerações sobre conceitos e princípios e normas jurídicas, sem justificar, concreta e objetivamente, em que medida os requisitos mínimos de capacidade financeira colocados em crise são desproporcionais e em que medida restringiram a concorrência em moldes inadmissíveis ou intoleráveis.

85. É pacífico e unânime, quer na doutrina, quer na jurisprudência das várias instâncias que as entidades adjudicantes gozam de discricionariedade e liberdade na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e, sobretudo, financeira (al. h) do n.º 1 e n.º 4 do art. 164.º e art. 165.º do CCP).

86. A discricionariedade nesta matéria, em relação à fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, foi deveras reforçada com a reforma do CCP, preconizada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, a qual erradicou a menção a quaisquer referências de índole financeira ao suprir a fórmula matemática que constava do anterior anexo IV do CCP.

87. É indiscutível que a opção pelo concurso público limitado por prévia qualificação, atenta a sua natureza e finalidade, implica, natural e necessariamente, a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica e/ou financeira que visam selecionar candidatos, ou seja, o concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento que visa limitar a concorrência aos operadores económicos que preenchem os requisitos de capacidade técnica e/ou financeira fixados no PP e reputados necessários e adequados pela entidade adjudicante com referência à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e à respetiva estimada aptidão para fazer face aos previsíveis encargos financeiros necessários enfrentar para assegurar o bom e pontual cumprimento das obrigações contratuais.

88. Veja-se neste sentido a doutrina sufragada por Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª ed., vol. 1, Almedina, 2018, pg. 746, 749 e 751, onde, numa boa sentisse se refere que "(...). Trata-se, certamente, de um poder discricionário, logo materializado na escolha de um modelo de procedimento que inclui aquela fase, e que, a seguir, se estende à própria formulação de requisitos, pois, à entidade adjudicante é concedida a faculdade de formular os requisitos mínimos que reputa necessários e adequados para se assegurar quanto à boa execução do contrato."

89. Na mesma linha no Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dgsi.pt, sumariou-se o seguinte entendimento:



"I - O concurso limitado por prévia qualificação encontra-se legalmente previsto nos artigos 162.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e compreende duas fases: a fase de apresentação de candidaturas e de qualificação dos candidatos; e a fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

II - Por força do preceituado nos artigos 164º e 165º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante tem, no âmbito da sua margem de livre decisão, de estabelecer quais os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira para a boa execução do contrato a celebrar, estando, no entanto, sempre vinculada aos limites decorrentes da proporcionalidade, da concorrência e da igualdade.

III - É da Administração o ónus da prova dos factos constitutivos ou fundamentadores da adequação exigida pela norma que lhe atribui a margem de livre decisão administrativa.

IV - O facto provado de haver, num concurso limitado, apenas um real candidato não prova nada de ilegal, mas é um índice a considerar pela juiz em sede de controlo jurisdicional da restrição ilegal da concorrência sã e justa."

90. No caso sub judice os poderes discricionários do Recorrente, enquanto entidade adjudicante, no que à fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira respeita, foram exercidos com total respeito pelos princípios da proporcionalidade e concorrência.

91. Na verdade, a realidade destes autos em nada tem a ver com os casos em que os Tribunais sentiram necessidade de balizar a liberdade de decisão da Administração Pública, designadamente através do Ac. TCAN, de 25 de Março de 2010, Proc. 1257/09, cujo sumário é o seguinte:

"VI. Revela-se como desproporcionada a exigência feita no «PC» aos potenciais concorrentes dum volume de negócios mínimo de 15.000.000,00 € (nos últimos 3 anos) quando o contrato que se pretende vir a celebrar tem um valor estimado de cerca de 131.000,00 €.

VII. Tem-se, também, como violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, e bem assim do n.º 3 do art. 165.º do CCP, a consagração no concurso em apreço (prestação de serviço de vigilância/recepção), de um requisito mínimo de autonomia financeira igual ou superior a 0,35 quando a execução do contrato tem a duração de nove meses e um preço base de 131.000 €.

VIII. Revela-se igualmente violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade a definição/exigência no «PC» quanto ao requisito de qualificação da capacidade técnica de potenciais concorrentes o detenção por estes dum número mínimo de vigilantes inscritos no MAI de 1000, em cada um dos últimos três anos e dos quais 75% pertençam



aos quadros efectivos da empresa, quando a celebração do contrato de prestação de serviços de vigilância/recepção envolve apenas 14 instalações de saúde da área de Penafiel, Paredes e Castelo de Paiva que exigem cada 01 vigilante nos períodos e horários ali definidos, mostrando-se, eventualmente, suficientes 42 vigilantes.”

É do Ac. - Ac. TCAS, de 24.05.2018, Proc. N.º 1647/17.18ESNT:

“IX. Considerando os concretos termos das prestações contratuais e do contrato a executar, o contrato para prestação de serviços de segurança e de vigilância, pelo prazo de um ano, com o valor base de € 257.000,00, muito inferior ao limiar da Diretiva 2014/24/UE, de € 750.000,00, a exigência como requisito mínimo de capacidade financeira dos candidatos, de que o capital próprio da empresa seja de, pelo menos, 40% do ativo líquido, constitui um excesso, é exagerada e violadora do princípio da proporcionalidade, na vertente da (des)necessidade.”

92. No procedimento pré contratual de concurso limitado com prévia qualificação em apreço está em causa um contrato de empreitada que tem por objeto a reparação de pavimentos betuminosos com as seguintes principais características:

- a. Reparação do pavimento de mais do que 10 vias de circulação do Concelho de São Vicente, algumas das quais constituem vias de grande relevância e importância para a circulação de pessoas e bens, num total de mais de 67.000 m2;
- b. O preço base da empreitada é de 2.750 312, 34 €;
- c. O prazo de execução dos trabalhos é de 365 dias;
- d. A periodicidade dos pagamentos é mensal, com base em autos de medição, e o prazo de pagamento das faturas é de 60 dias.
- e. Até ao 3.º mês a previsão de custos a enfrentar pelo empreiteiro é de 210.042,19 € e no 4.º mês é de 380.074,87 €;
- f. As obrigações de garantia são de 5 e 10 anos.

93. Do alegado decorre que estamos perante um contrato de complexa execução, atenta à quantidade de vias de circulação e de m2 que é necessário reparar é à respetiva dispersão, de grande expressão financeira (não se admite que se afirme que um contrato cujo preço ascende a dois milhões e setecentos mil euros não é de valor significativo, atenta a nossa realidade económica) e com prazos de execução e de garantia alargados que impõem especiais preocupações.

94. Por sua vez, é do conhecimento público que as intervenções nas vias públicas de circulação acarretam especiais necessidades de salvaguarda e proteção do interesse público com vista a prevenir e evitar os graves transtornos e incómodos para a vida e



regular e normal circulação de pessoas e bens, que lamentável e frequentemente estão associados a este tipo de intervenções.

95. A fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, ao contrário do que acontece com os requisitos mínimos de capacidade técnica, não deve ser apreciação em termos de adequação à natureza das prestações objeto do contrato, mas sim em função dos limites estabelecimentos no n.º 3 do art. 165.º do CCP (não podem exercer o dobro do valor do contrato, salvo em casos devidamente justificadas, e devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizarem os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais, quer principais, quer acessórias).
96. A SRMTC descurou e/ou ignorou completamente a ciência e as normas técnicas padrão aplicáveis à análise das rácios de gestão financeira das empresas, nomeadamente no que respeita à sua razão de ser e finalidades, bem como efetuou, como já alegamos supra, uma incorreta e deficiente análise dos Relatórios de Análise Económico-financeira dos Exercícios de 2017, 2018, 2019 e 2020 das Empresas do Setor da Construção elaboradas e disponibilizados pelo IMIPIC no site <https://www.impic.pt>.
97. A autonomia financeira visa assegurar que a empresa tem capacidade para fazer face aos seus compromissos financeiros através dos capitais próprios.
98. Quanto maior for o rácio de autonomia financeira, maior será a estabilidade da empresa, devendo o valor aceitável e recomendado pelas especialistas situar-se entre os 30% e os 60%.
99. O valor exigido de 60% está dentro dos limites recomendados e está abaixo da média do quartil superior de um grande e significativo número de empresas de construção civil da esmagadora maioria das regiões do país, conforme decorre dos supra mencionados Relatórios de Análise Económico-financeira elaborados e disponibilizados pelo IMIPIC.
100. Porque existem perguntas que consubstanciam verdadeiros argumentos, questiona-se: por que razão, atenta a natureza das obrigações do contrato em causa, o seu valor e meios financeiros necessários afetar, não pode a entidade selecionar candidatos enquadrados no quartil superior? Por que razão teria que recuar, por exemplo, para a mediana?
101. Por sua vez, o rácio de liquidez geral mede a capacidade da empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo.



102. De acordo com a prudência, quanto maior for o rácio da liquidez geral, o qual é recomendável que seja superior a 100%, maior é a capacidade de a empresa fazer face aos compromissos de curto prazo.
103. Dos factos a considerar, elencados no ponto 2 supra, é facilmente perceptível que o limite mínimo exigido pelo PP é atingido pelas empresas situadas no quartil superior, também, em relação à esmagadora maioria das regiões do país, no que respeita aos anos de 2017 a 2020.
104. O que significa que são milhares as empresas que cumprem com a percentagem mínima exigida.
105. Volta-se a questionar: por que razão, atento a natureza das obrigações do contrato em causa e o seu valor e meios financeiros necessários afetar, não pode a entidade adjudicante pretender selecionar candidatas que se enquadrem no quartil superior? Porque razão haveria que recuar, por exemplo, para a mediana?!
106. Por fim, o rácio de solvabilidade corresponde à capacidade de uma empresa satisfazer e assumir compromissos, a médio e longo prazo com recurso à sua estrutura de capitais próprias.
107. É com base neste rácio que se consegue apurar qual a sustentabilidade da empresa no que concerne à sua viabilidade e continuidade.
108. Por conseguinte, quanto mais elevada for o rácio de solvabilidade, maior é a sustentabilidade e viabilidade da empresa e a sua capacidade de honrar as suas dívidas e responsabilidades; quanto menor for, maior é a sua fragilidade.
109. Ora, nas empreitadas este rácio deve ser elevado, porque, para além da elevada expressão financeira que caracteriza muitos dos contratos, como é o caso, é muito importante acutelar que a empresa adjudicatária é sustentável e oferece condições de continuidade da atividade, designadamente para cumprir com as obrigações de garantia de obra, que perduram, como é de lei por 5 e 10 anos.
110. Um rácio de solvabilidade de 2% (200%) exigido significa, na prática que o passivo dos candidatos deve corresponder a metade do seu património ou, dito doutro modo, que o seu património é apenas o dobro do passivo, é o que equivale a dever 500 e possuir património de 1000.
111. É verdade, como aponta o IMIPC nos seus Relatórios anuais de avaliação das empresas do setor da construção, que muitas empresas ficam aquém do recomendado e aconselhável, mas também é verdade que existem muitas empresas que o atingem.

7
A.
X
A.
X



112. Ora, a questão pertinente é esta: é correto proibir que uma entidade adjudicante fixe um rácio de solvabilidade que manifestamente lhe permite concluir que o património das empresas é insuficiente para fazer face ao passivo e que, consequentemente, poderá ter de contratar candidatos financeiramente inviáveis?! É óbvio que não.

Sem prescindir,

113. Perante a actual redacção do n.º 3 do art. 179.º do CCP, a relevância dos requisitos mínimos de capacidade financeira, como condições especiais de seleção, foi severamente reduzida, tornando-se praticamente inócua do ponto de vista da qualificação dos candidatos.
114. Na verdade, ao se prever que equivale ao preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira a apresentação de uma declaração bancária, que tem a natureza de uma carta de conforto e de compromisso de disponibilização dos meios financeiros necessários para o adjudicatário enfrentar os custos de execução financeira do contrato, relegou-se os requisitos mínimos de capacidade financeira para um segundo plano, que de modo algum pode comprometer a qualificação das empresas em procedimentos pré contratuais, designadamente referentes a contratos de empreitada, cuja expressão financeira tenha uma significativa relevância.
115. Por conseguinte, o SRMTC ao descurar e ao ignorar que os candidatos poderiam ter feito uso desta faculdade errou e decidiu mal.
116. Na verdade, as empresas que não reúnam condições para fazer equivaler o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeiras, através da apresentação da declaração bancária, também, por igualdade de razão, não devem ser consideradas idóneas para assumir perante as entidades adjudicantes as obrigações que emergem dos contratos públicos a celebrar, sob pena de se compactuar com uma clamorosa incongruência.
117. Quanto a esta questão resta alegar que as AA. não podiam ignorar tal faculdade porque, para além de resultar de uma norma legal, foi expressamente consagrada no n.º 3 da Cláusula 14.ª do PP.
118. O recurso aos elementos da interpretação hermenêutica da lei apontam claramente no sentido da desmistificação da relevância seletiva dos requisitos mínimos de capacidade financeira.
119. A faculdade de fixar requisitos mínimos de capacidade financeira vem prevista no n.º 4 do art. 164.º do CCP, o qual prescreve que os mesmos devem observar os limites previstos no n.º 3 do art. 165.º, sendo, por conseguinte, irrefutável que a lei não exige

qualquer adequação destes requisitos à natureza das prestações objeto do contrato (ao invés do que ocorre com os requisitos mínimos de capacidade técnica, conforme resulta do n.º 1 do art. 165.º do CCP).

120. *O elemento histórico e sistemático, por força da supressão da fórmula matemática e da menção a quaisquer referências de indicadores financeiros, bem como a criação do regime da equivalência, previsto no n.º 3 do art. 179.º do CCP), reforçam a alegada conclusão.*

121. *Finalmente, o elemento sistemático do regime vigente, ao banir quaisquer referências legais para os indicadores financeiros, veio deixar claro que o essencial reside em assegurar que os candidatos conseguem demonstrar ter capacidade para enfrentar os custos necessários para o bom, regular e pontual cumprimento das obrigações contratuais, mesmo que não preencham os requisitos mínimos de capacidade financeira e desde que o demonstrem com recusa uma declaração bancária.*

122. *Nesta conformidade, no procedimento em apreço, qualquer empresa que não preenchesse os adequados e necessários requisitos mínimos de capacidade financeira exigidos no PP ou noutros termos, poderia candidatar-se, apresentando, em alternativa ao respetivo preenchimento, a declaração bancária, em conformidade com o modelo de declaração a que corresponde o anexo VI do CCP.*

123. *Em suma: os requisitos de capacidade financeira exigidos nas als. c), d) e e) do n.º 1 da Cláusula 14.º do CCP são totalmente válidas, na medida em que correspondem ao exercício de um verdadeiro poder discricionário, são adequados, necessários e proporcionais, por ser manifesto que não excederam os limites previstos no n.º 3 do art. 165.º do CCP e por se reportarem à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os recursos financeiros necessários para a salvaguarda do interesse público subjacente à boa e regular execução do contrato de empreitada, sendo certo que o respetivo preenchimento poderia ter sido, em alternativa, feita equivaler mediante a apresentação de uma declaração bancária.*

(ii) O modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamentos fixado no PP é ilegal e inválido?

124. *Entrando na segunda questão, entendeu a Digníssima SRMTC que o modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeiro fixado na cláusula 33.º do PP é excessivo e desproporcional.*

125. O artigo 182.º do CCP reza o seguinte: “Salvo se o programa do concurso não dispuser diferentemente e sem prejuízo do número seguinte (...).”
126. Ou seja, nesta matéria é totalmente pacífica que as entidades adjudicantes gozam de plena discricionariedade, na medida em que a lei não exige, ao contrário do que estipula a respeito da fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, qualquer adequação à natureza das prestações do contrato ou a observância de quaisquer limites.
127. Está em causa uma norma supletiva e não imperativa, sendo certo que a decisão recorrida, com o devido e merecido respeito, ignorou completamente esta básica noção do Estudo do Direito.
128. Gonçalo Guerreiro Tavares, in *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2019, pag. 498, esclarece que: “IV – A assinalado regra do n.º 1 pode ser afastada expressamente pelo programa do concurso, estabelecendo-se aí a obrigatoriedade de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por parte de todos os membros do agrupamento candidato, como também, já se entendia no domínio da legislação anterior. Se assim suceder, todos os membros do agrupamento são obrigados, sob pena de exclusão do candidato, a apresentar os documentos destinados à qualificação nos termos da parte final do artigo 171.º do Código”. – Em nota de rodapé 541 invoca, neste sentido a Ac do TCA, de 11 de novembro de 2004, proc. n.º 341/04.
129. No sentido de que o PP pode dispor de modo diferente, veja-se Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, 3.ª edição, vol. 1, Almedina, 2018, pag. 760.
130. Nesta conformidade, ao coartar à entidade adjudicante a faculdade de, ao abrigo dos poderes que a lei lhe confere, definir o modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamentos de candidatos, o SRMTC viola de modo gritante a lei, mais concretamente o disposto no n.º 1 do art. 182.º do CCP.
131. A decisão é igualmente inconstitucional porque constitui uma intolerável intromissão do poder judicial no poder executivo, numa matéria em que a lei confere total discricionariedade às entidades adjudicantes, em clamorosa e perigosa afronta do princípio da separação de poderes consagrado no Artigos 2.º e 111.º da Lei Fundamental.





132. *Na verdade, nada tem de anormal que se exija que sejam todos os candidatos preencher os requisitos mínimos de capacidade técnica e/ou financeira, ou, logicamente, que os preencham o candidato que detém a maior participação; com esta faculdade e perante tal exigência, cabe aos operadores económicos interessados agruparem-se de modo a satisfazer estabelecidas no PP, bastando que acordem que um deles detenha 51% do agrupamento.*
133. *Por outro lado, atendendo a todas razões e fundamentos invocadas para justificar os requisitos mínimos de capacidade financeira e sem prejuízos do alegado a respeito da interpretação do n.º 1 do art. 182.º do CCP, nenhuma norma legal ou princípio impede que a entidade adjudicante pretenda que todos os membros do agrupamento preencham os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.*
134. *Por fim, não se pode descurar as preocupações decorrentes das conjunturas económicas e financeiras, de que os últimos anos têm, lamentavelmente, sido exemplo, causadas por factos e circunstâncias imprevisíveis como foi o caso da pandemia da Covid 19 e da recente Guerra da Ucrânia; a exigência dos requisitos financeiros, em contratos de empreitada, com prestações de garantias longas, visam, precisamente, acautelar que os cocontratantes tenham uma morte precoce em prejuízo do interesse público.*
135. *Em síntese entidades: os adjudicantes gozam de plena discricionariedade e liberdade no que respeita à definição do modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamento de candidatos.*

1) Normas e princípios jurídicos violados:

Ao recusar o visto prévio ao contrato sub iudice, o douta decisão recorrida violou as seguintes normas e princípios jurídicos:

- O n.º 4 do art. 164.º, o n.º 3 do art. 165.º, o n.º 3 do art. 179.º e o n.º 1 do art. 182.º do CCP;
- O princípio da proporcionalidade e da concorrência, consagrados no n.º 1 do art. 1.º-A do CCP, no art. 7.º do CPA e n.º 2 do art. 266.º do CRP.
- O princípio da prossecução do interesse público, da boa administração, da justiça e da razoabilidade, consagrados nos artigos 4.º, 5.º e 8.º do CPA;

- O princípio da separação de poderes, consagrado nos artigos 2.º e 111.º da CRP porque configura uma intromissão injustificada do poder judicial no poder Administrativo/executivo."

7. Do exposto resulta que a posição da CMSV que acabou por merecer acolhimento no duto Acórdão do TCAS não configura a prática de qualquer ilegalidade, quanto aos requisitos mínimos de capacidade financeira.

8. Por sua vez, ficou demonstrado que o conteúdo das clausula 33.º, com retificação efetuada por iniciativa exclusiva da Câmara Municipal (órgão competente), não padece de qualquer ilegalidade.

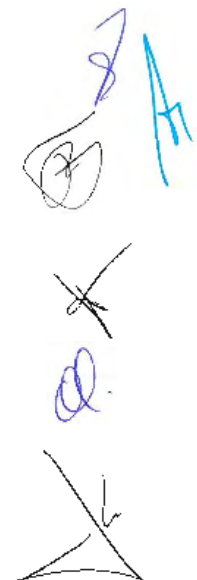
9. Na sentença do TAF foi mencionado o seguinte:

"No que concerne à alegação de que o júri alterou a redação da cláusula 33.º do Programa do Procedimento resolvendo aplicar o regime de exceção previsto no artigo 171.º do CCP, tendo sido aplicada o regime legalmente previsto, ainda que excecional, e não tendo sido associada qualquer ilegalidade à mencionada cláusula, nada há apreciar e a decidir nesta parte."

10. Importa destacar que o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica não padece de qualquer ilegalidade, correspondendo a uma redação que já foi utilizada em inúmeros procedimentos de modo igual e/ou semelhante, inclusive pelo Município de São Vidade, cujos contratos foram visados por esta Veneranda Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, sem qualquer reparo ou recomendação.



11. Pode ver-se o processo de fiscalização prévia n.º 45/2023, cuja cláusula 33.ª do PP disponha que no caso de o candidato ser um agrupamento considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnico, quando relativamente a cada requisito, algum dos membros que integram o agrupamento o preenche individualmente.
12. Na clausula 33.ª do PP, com a redação resultante da retificação efetuada pela Câmara Municipal, dispõe-se que *“No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente (...).”*
13. A exigência, nos termos em que foi fundamentada e esclarecida desde o processo de fiscalização prévia, de os requisitos terem de ser preenchidos individualmente por todos os candidatos, reporta-se unicamente ao requisitos mínimos de capacidade financeira, e visava num síntese, salvaguardar a boa execução do contrato e o interesse público que lhe estava subjacente, tendo em conta que se tratava de uma intervenção num grande numero de vias públicas do Município de São Vicente, a qual não se compadecia com quaisquer riscos de suspensão e atrasos dos trabalhos.
14. Os aqui visados esclarecem que a redação inicial da cláusula 33.ª do PP teve a intervenção da técnica Superior Ana Cláudia Mendez, o que não sucedeu com a retificação.
15. A alteração da cláusula 33.ª em sede de resposta ao pedido de esclarecimentos foi uma decisão da iniciativa e da exclusiva responsabilidade da Câmara Municipal, tal como consta da ATA DA QUARTA REUNIÃO DE 2022, datada de 24.02.2022 (Vide doc.6).



**III) Da não verificação dos pressupostos da
responsabilidade financeira sancionatória**

16. O enquadramento jurídico da responsabilidade financeira sancionatória, efetuado no duto Relato está correto.
17. O mesmo já não se pode considerar quanto à conclusão de que no caso sub judice os seus pressupostos estão preenchidos.

Vejamos:

18. A responsabilidade financeira sancionatória pressupõe a prática culposa de factos tipificados na lei, mais concretamente nos artigos 65.º e 66.º da LOPTC.
19. Os seus pressupostos são os seguintes:
- i. Prática de um comportamento tipificado na lei (por ação ou por omissão);
 - ii. A ilicitude (violação da lei);
 - iii. Culpabilidade (dolo ou negligência)
20. Não subsistem dúvidas que os visados que integram o órgão Câmara Municipal (Presidente, Vice-Presidente e vereadores) proferiram decisão de contratar e aprovaram as peças do procedimento, bem como procederam (por sua exclusiva incitativa) à retificação da cláusula 33.ª do PP.

21. Contudo, por tudo o que foi supra alegado, os visados consideram que a sua conduta não é ilícita.
22. A ser assim (tolere-se e perdoe-se o exagero) os Exmos. Senhores Doutores Juízes Desembargadores do TCAS, que proferiram o douto Acórdão, decidindo e determinando que ação administrativa deveria de improceder por entenderem que as alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do PP são plenamente válidas e lícitas e não violam nenhuma norma ou princípios aplicáveis à contratação pública, também deveriam estar a ser alvo de responsabilidade financeira sancionatória.
23. Os visados membros do órgão executivo tomaram as decisões de modo fundamentado, no uso e nos limites dos seus poderes discricionários, visando salvaguardar o interesse público subjacente à boa execução dos contratos públicos, tendo em conta a relevância económica e social do objeto do contrato (intervenção num considerável número de vias públicas de circulação do Município de São Vicente).
24. No direito, como é bem sabido, a lei dá aso a diversas interpretações, posições, teses e, inclusive, decisões judiciais contraditórias.
25. Uma decisão juridicamente defensável e que veio a ser acolhida pelos próprios Tribunais Administrativos, nunca pode merecer censura; discordância jurídica talvez, recomendações de seguir um determinado modo de atuar, possivelmente, mas censura e punição jamais.
26. Não se pode descurar, como bem se mencionou no Acórdão que pôs termo ao Processo judicial de contencioso pré-contratual (Vide doc. 7), que o TC não formula juízos de ilegalidade de atos e contratos sujeitos à sua apreciação.

A.
B.
C.
D.
E.

27. Diferente seria praticar uma conduta clamorosamente ilegal e prevaricadora; uma conduta que consiste manifestamente numa afronta grosseira à lei em matérias sem controvérsias e polémicas doutrinárias e jurisprudências..., situação que não ocorre nos presentes autos, como está bem evidenciada na revogação da decisão do TAF pelo TCAS.
28. Do que se vem expondo resulta que a conduta dos visados não é ilícita, por ter merecido um juízo de legalidade por parte do poder judicial e um uma diferente jurisdição com competência para formular juízos de legalidade e ilegalidade sobre atos e contratos administrativos.
29. Com o devido respeito, não pode haver ilegalidade financeira sem ilegalidade administrativa, pelo menos neste caso em que a matéria de Direto aplicável é totalmente coincidente; a ilegalidade financeira pressupõe uma ilegalidade administrativa (entendida como violação da lei), o que não sucede neste caso.
30. Finalmente, é irrefutável que a conduta dos visados não é culposa, nem a título de negligência.
31. Esta iniciativa sancionatória é chocante por ser incompreensível pretender punir condutas que foram consideradas legais por uma instância judicial e a única competente para formular juízos de ilegalidade ou legalidade de atos e contratos administrativos.
32. Não se vislumbra como é possível que, perante os resultados da ação administrativa e o decidido no douto Acórdão do TCAS e na sentença do TAF (quanto à cláusula 33.ª), se conclua por um juízo de culpabilidade no que respeita à definição dos requisitos de capacidade

A. 8
C
X
a.
h

financeira e pelo respetivo preenchimento pelos candidatos que integram um agrupamento.

33. Um ato não pode ser julgado legal pelos Tribunais Administrativos e ilegal pelo TC; e se tal sucedeu, seguramente, num caso destes não se preenchem os pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória, que pressupõem a prática de uma ilegalidade, em especial quando o quadro normativo é exatamente o mesmo e, consequentemente, torna irrelevante a alegação da existência de diferentes finalidades na atuação das duas instâncias jurisdicionais em causa (Tribunais de Contas e Tribunais Administrativos).

IV) Das especificidades relativas à Técnica Superior Ana Claudia Santos Mendez

34. A Técnica Superior Ana Claudia não foi a responsável pela elaboração das cláusulas respeitantes à fixação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, nem foi a responsável pela retificação da cláusula 33.ª do PP, a qual foi efetuada sem a sua intervenção, análise e/ou apreciação jurídica.
35. A Técnica Superior em causa quando elaborou as minutas e a decisão de contratar desconhecia quais os requisitos mínimos de capacidade financeira que seriam fixados em termos percentuais, nem teve qualquer intervenção na sua fixação.
36. Por sua vez, a sua intervenção limitou-se à elaboração da cláusula 33.ª na redação original constante do PP, redação que não merece qualquer censura, por ser manifesto que não padece de qualquer ilegalidade e ter sido objeto de visto em inúmeros procedimentos pré-contratais com pré-qualificação.

Por cautela e sem prescindir,

V) Da relevação da responsabilidade financeira sancionatória

37. Caso não se conclua pela falta de preenchimentos dos pressupostos da responsabilidade financeira sancionatória, o que só por cautela se concebe, consideram os visados que estão reunidos todos os requisitos para esta Digníssima Secção regional da Madeira do Tribunal de Contas determinar a sua relevação.

38. Dispõe o n.º 9 do art. 65.º da LOPTC o seguinte:

“9 - A 1.ª e 2.ª Secções do Tribunal de Contas podem relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa quando:

- a) Se evidenciar suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência;*
- b) Não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado;*
- c) Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática.”*

39. No caso em apreço, é indisputável que não existe dolo e que a existir culpa só o pode ser a título de negligência; não existe anteriores recomendações sobre a matéria que se discute neste processo; está em causa a primeira censura.

40. Ou seja, atendendo a todos os antecedentes, factos, elementos objetivos e subjetivos, circunstâncias do processo e diversas decisões



judiciais, impõe-se determinar a relevação da responsabilidade financeira sancionatória, por razões de justiça e equidade.

41. Não será de descuidar, ainda que a título subsidiário e sequencial, a verificação dos pressupostos da dispensa de multa, ao abrigo do disposto no n.º 8 do art. 65.º supra invocado, bem como a atenuação e redução da multa para metade do limite mínimo, prevista no seu n.º 7.

Nestes termos, deve o presente processo para apuramento de responsabilidade financeira ser extinto e arquivado, por ser manifesto que não se verificam nenhum dos respetivos pressupostos;

Caso assim não se entenda em relação a todos os visados, deve o processo ser extinto e arquivado no que concerne à Técnica Superior Ana Cláudia Santos Mendez.

Sem prescindir, por cautela e a título subsidiário e sequencial, deve ser relevada a responsabilidade financeira sancionatória em relação a todos visados, dispensada a multa ou atenuada e reduzida, nos termos previstos nos n.ºs 9, 8 e 7 do art. 65.º da LOPTC, assim se fazendo JUSTIÇA.

Com os melhores cumprimentos,

Os Visados

José António Gonçalves Garcês, Presidente da Câmara Municipal de São Vicente;



A.

Fernando Simão de Góis, Vice-Presidente e Vereador da Câmara Municipal
de São Vicente;

Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santo, Vereadora;

Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos, Vereadora;

César Gregório Nóbrega Pereira, Vereador sem pelouro;

Ana Cláudia Santos Mendez, Técnica Superior afeta à Divisão Jurídica e de
Urbanismo

Juntam: 7 documentos, melhor identificados no articulado.