

Relatório n.º 11/2013-FP/SRMTC

**Auditoria de fiscalização prévia
ao contrato de execução da empreitada de cons-
trução do Caminho Agrícola no Massapez - Arco
da Calheta**

Processo n.º 06/2012 – Aud/FP

Funchal, 2013



Auditoria para apuramento de responsabilidades indiciadas no exercício da fiscalização prévia, no âmbito do contrato de execução da empreitada de construção do Caminho Agrícola no Massapez - Arco da Calheta, outorgado, em 10 de janeiro de 2012, entre o Município da Calheta e a empresa *Nascimento & Nascimento, Ld.ª*

RELATÓRIO N.º 11/2013-FP/SRMTC
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS



ÍNDICE

ÍNDICE	1
RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS	2
FICHA TÉCNICA	2
1. SUMÁRIO	3
1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	3
1.2. OBSERVAÇÕES.....	3
1.3. RESPONSABILIDADE FINANCEIRA	3
1.4. RECOMENDAÇÕES.....	4
2. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO	5
2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS	5
2.2. METODOLOGIA	5
2.3. AUDIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS.....	5
3. RESULTADOS DA ANÁLISE	7
3.1. DESCRIÇÃO DOS FACTOS RELEVANTES	7
3.2. NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS.....	15
3.3. CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES E RESPECTIVO ENQUADRAMENTO LEGAL.....	15
3.4. IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS	15
3.5. JUSTIFICAÇÕES OU ALEGAÇÕES APRESENTADAS	16
3.6. JUSTIFICAÇÕES OU ALEGAÇÕES APRESENTADAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO.....	17
3.7. IDENTIFICAÇÃO DE ANTERIORES CENSURAS/RECOMENDAÇÕES FORMULADAS.....	18
4. DETERMINAÇÕES FINAIS	21

RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS

SIGLA / ABREVIATURA	DENOMINAÇÃO
Al(s).	Alínea(s)
Art. ^{o(s)}	Artigo(s)
Aud	Auditoria
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DLR	Decreto Legislativo Regional
DL	Decreto(s)-Lei
FP	Fiscalização Prévia
JC	Juiz Conselheiro
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
PL	Plenário
S	Secção
CMC	Câmara Municipal da Calheta
SRMTC	Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
UAT	Unidade de Apoio Técnico
UC	Unidade (s) de Conta

FICHA TÉCNICA

COORDENAÇÃO	
Miguel Pestana	Auditor-Coordenador
SUPERVISÃO	
Alexandra Moura	Auditora-Chefe
EQUIPA DE AUDITORIA	
Maria Alice Ferreira	Técnica Verificadora Superior Principal
Maria João Carreira	Técnica Verificadora Superior Estagiária



1. SUMÁRIO

1.1. Considerações prévias

O presente documento colige os resultados da auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia incidente sobre o processo de visto n.º 3/2012, respeitante ao contrato de execução da empreitada de construção do Caminho Agrícola do Massapez – Arco da Calheta, outorgado, em 10 de janeiro de 2012, entre o Município da Calheta e a empresa *Nascimento & Nascimento, Ld.ª*, pelo preço de 455 798,52€ (s/IVA).

1.2. Observações

Com base na análise efetuada, expõem-se as seguintes observações que evidenciam, de forma sumária, a matéria exposta ao longo deste documento:

1. A empresa adjudicatária foi indevidamente admitida ao concurso, porquanto não instruiu a sua proposta em conformidade com a documentação solicitada na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento (cfr. o ponto **3.1.**).
2. O modelo de avaliação das propostas fixado no artigo 11.º do programa do procedimento, em desenvolvimento do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, não observa a disciplina normativa plasmada no Código dos Contratos Públicos (CCP)¹, em concreto os seus art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, na medida em que se socorre de expressões vagas e indefinidas como “*total coerência*”, “*manifesta falta de coerência*” e “*evidente falta de coerência*”, para esse efeito (cfr. o ponto **3.1.**).
3. As ilegalidades acima apontadas concretizam uma potencial ofensa aos princípios enformadores da contratação pública, mormente o da transparência e o da concorrência, por terem, a primeira, beneficiado o adjudicatário com a admissão da sua proposta, e a segunda por ter afastado do procedimento outros eventuais interessados em contratar e, nessa medida, impedido a Autarquia da Calheta de receber outras propostas porventura mais vantajosas do que a selecionada (cfr. o ponto **3.1.**).

1.3. Responsabilidade financeira

Embora os factos descritos no anterior ponto **1.2.** sejam suscetíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória punível com multa, nos termos do disposto no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), na redação introduzida pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, e Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril², a demais matéria apurada fornece um quadro adequado à sua relevação, ao abrigo do disposto nas als. a) a c) do n.º 8 do *supra* citado art.º 65.^{º3}.

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

² Entretanto novamente alterada pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro, e 2/2012, de 6 de janeiro.

³ Nomeadamente porquanto a prática da ilegalidade descrita apenas pode ser assacada aos seus autores a título de negligência; não houve antes recomendação do Tribunal para correção da irregularidade apurada; e por que é a primeira vez que o Tribunal censura os seus autores pela sua prática.

1.4. Recomendações

No contexto da matéria exposta no relatório e resumida na observação da auditoria, o Tribunal de Contas recomenda ao Município da Calheta que, em futuros procedimentos de formação de contratos públicos que venha a desencadear:

1. Observe a disciplina que emerge do art.º 146.º, n.º 2, al. d), em articulação com o art.º 57.º, n.º 1, al. c), ambos do CCP, respeitando de forma escrupulosa os requisitos de admissibilidade das propostas, impostos pela lei e pelo regulamento do procedimento e tendo presente que o ato adjudicatório deverá recair sobre os concorrentes regularmente admitidos;
2. Dê pleno acatamento ao disposto nos art.ºs 132, n.º 1, al. n), *in fine*, e 139.º, n.ºs 2 e 3, igualmente daquele Código, explicitando, em concreto, no modelo de avaliação das propostas, quando opte pelo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, as exatas condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dê conhecimento aos concorrentes no correlativo programa do procedimento.



2. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO

2.1. Fundamento, âmbito e objetivos

No Programa Anual de Fiscalização da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas (SRMTC) para o ano de 2012, aprovado pelo Plenário Geral do Tribunal de Contas, através da Resolução n.º 2/2011 - PG⁴, de 14 de dezembro de 2011, foi inscrita a auditoria orientada designada por *auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia*.

Caracterizando-se pelo seu âmbito genérico, a mesma insere-se no Objetivo Estratégico 2 (OE 2), que consiste em “[i]ntensificar o controlo externo sobre os grandes fluxos financeiros, sobre os domínios de maior risco e sobre as áreas de inovação da gestão dos recursos públicos”, e na Linha de Orientação Estratégica 2.5 (LOE 2.5), que se traduz em “[e]xecutar as ações necessárias que visem prevenir e erradicar todos os fatores que contribuam para os significativos desvios financeiros na contratação pública e para o prolongamento sistemático dos prazos inicialmente acordados”, conforme definido no Plano de Ação do Tribunal de Contas para o triénio 2011-2013⁵.

Dando concretização àquela auditoria, foi ordenada, por despacho do Juiz Conselheiro da SRMTC, de 28 de junho de 2012, anexo à Informação n.º 58/2012/UAT I, de 27 do referido mês, a execução da presente ação, que se direciona especificamente ao apuramento de responsabilidades financeiras indicadas no âmbito do processo de visto n.º 3/2012, respeitante ao contrato de execução da empreitada de construção do Caminho Agrícola do Massapez – Arco da Calheta, outorgado, em 10 de janeiro de 2012, entre o Município da Calheta e a empresa *Nascimento & Nascimento, Ld.ª*.

2.2. Metodologia

No desenrolar dos trabalhos da auditoria - que se consubstanciaram essencialmente na análise e consolidação dos dados coligidos na *supra* mencionada Informação n.º 58/2012/UAT I⁶ e na elaboração do relato - foram adotados, com as adaptações impostas pelas especificidades próprias desta ação, os métodos e os procedimentos definidos no *Manual de Auditoria e de Procedimentos*⁷, tendo sido igualmente seguidas as determinações constantes do Despacho n.º 1/2012-JC/SRMTC, de 30 de janeiro⁸.

2.3. Audição dos responsáveis

Dando cumprimento ao princípio do contraditório consagrado no art.º 13.º da LOPTC, procedeu-se à audição do Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, Carlos Manuel Figueira de Ornelas Teles, dos membros do júri que conduziram o procedimento que antecedeu a outorga do contrato em apreço, designadamente do Presidente, Aleixo Jacinto Castro Abreu, e dos vogais, Vera Escuna e

⁴ Publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 244, de 22 de dezembro de 2011, sob o n.º 26/2011.

⁵ Aprovado pelo Plenário Geral, em reunião de 21 de junho de 2010.

⁶ A qual continha, em anexo, cópias da Decisão n.º 7/FP/2012, de 12 de abril, que recaiu sobre o processo de visto n.º 3/2012, da informação interna com a proposta para a abertura do procedimento de formação do contrato, do programa de procedimento, do despacho de autorização de abertura do procedimento pré-contratual e de adjudicação da empreitada, proferidos pelo Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, dos relatórios (preliminares e final) de análise das propostas, das pronúncias dos concorrentes apresentadas no exercício do direito de audiência prévia e do despacho de adjudicação.

⁷ Aprovado por deliberação do Plenário da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, de 28 de janeiro de 1999, e adotado pela SRMTC através do Despacho Regulamentar n.º 1/01-JC/SRMTC, de 15 de novembro de 2001.

⁸ Que adapta à SRMTC a Resolução n.º 3/2011-1.ªS/PL do Tribunal de Contas.

Francisco Célio Campos Gouveia, e do técnico superior da área da contratação pública, Luís Nobrega Câmara⁹, relativamente ao relato da auditoria.

Com exceção do membro do júri Vera Escuna e do técnico superior da área da contratação pública, Luís Nóbrega Câmara, os responsáveis notificados apresentaram as suas alegações dentro do prazo¹⁰, as quais foram tidas em consideração na elaboração deste relatório, onde se encontram sintetizadas e/ou transcritas na exata medida da sua pertinência, acompanhadas dos comentários tidos por convenientes.

⁹ Através dos ofícios n.ºs 1138, 1139, 1140, 1141 e 1142, todos remetidos a 8 de maio de 2013 (cfr. a Pasta do Processo, págs. 110 a 114).

¹⁰ Rececionadas na SRMTC a 28 de maio seguinte, registadas com os n.ºs 1184, 1185 e 1186, de 28 de maio (cfr. a Pasta do Processo, págs. 117 a 128).



3. RESULTADOS DA ANÁLISE

Apresentam-se, de seguida, os resultados do levantamento realizado, que teve por base os elementos de suporte associados à apreciação do processo de visto em referência.

3.1. Descrição dos factos relevantes

Para efeitos de sujeição a fiscalização prévia, deu entrada e foi registado na SRMTC, em 16 de janeiro de 2012, sob o n.º 3/2012, o processo respeitante ao contrato de execução da empreitada de construção do Caminho Agrícola do Massapez – Arco da Calheta, outorgado, em 10 de janeiro de 2012, entre o Município da Calheta e a empresa *Nascimento & Nascimento, Ld.ª*, pelo preço de 455 798,52€ (s/IVA).

Do exame que recaiu sobre os elementos instrutórios do respetivo processo sobressai a seguinte matéria de facto:

- a) Em 4 de agosto de 2011 foi autorizada, por despacho do Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, emitido ao abrigo de um despacho de delegação de competências e suportado numa informação interna dos serviços da Autarquia, a abertura do concurso público para a execução da empreitada de construção do Caminho Agrícola do Massapez – Arco da Calheta, com o preço base de 503 317,75€ (s/IVA) (cfr. a cláusula 25.º, n.º 1, do caderno de encargos).
- b) Por força do estipulado na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento, as propostas deveriam integrar, entre outros, documentos comprovativos que demonstrassem a utilização, pelos concorrentes, de produtos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo Decreto-Lei n.º 103/2007, de 23 de agosto, e NP ENV 13670-1, bem como, em caso de ser aplicável, declaração de compromisso dos fornecedores.
- c) O critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, assim densificado (cfr. o artigo 11.º do programa do procedimento):

a) Valia técnica da proposta (VT) – 0,40

Subfactor 1.1. – Plano de Trabalhos (PT) – 0,50

No subfactor Plano de Trabalhos (PT), a cada proposta será atribuída uma pontuação de 20, 15, 10 ou 5, resultante do juízo de comparação entre o respetivo atributo com o conjunto ordenado dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para este aspeto, conforme consta do seguinte quadro:

<i>O plano de trabalhos revela total coerência nas relações de precedência entre todas as atividades da obra, sendo totalmente identificáveis em termos de escalonamento dos trabalhos e nas afetações de mão-de-obra e de equipamento</i>	20
<i>O plano de trabalhos não revela total coerência nas relações de precedência entre todas as atividades da obra e nas afetações de mão e de equipamento, não existindo, no entanto, dúvidas relevantes quanto ao escalonamento e encadeamento dos trabalhos da empreitada</i>	15
<i>O plano de trabalhos não revela total coerência nas relações de precedência entre as atividades da obra e nas afetações de mão de mão e de equipamento, existindo dúvidas no que respeita ao escalonamento e encadeamento dos trabalhos da empreitada</i>	10
<i>O plano de trabalhos revela manifesta falta de coerência nas relações de precedência entre as atividades da obra e nas afetações de mão de mão e de equipamento, existindo falhas no escalonamento e encadeamento dos trabalhos da empreitada</i>	5

Subfactor 1.2. – Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra (MD) – 0,50

No subfactor memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra (MD), a cada proposta será atribuída uma pontuação de 20, 15, 10 ou 5, resultante do juízo de comparação entre o respetivo atributo com o conjunto ordenado dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para este aspeto, conforme consta do quadro infra:

A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra revela total coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra	20
A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra não revela total coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra	15
A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra revela algumas falhas de coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra	10
A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra revela evidente falta de coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra	5

b) Preço – 0,40

Parâmetros Base para o Fator b)

A escala de pontuação é de 1 a 10

A pontuação do fator preço é: $PP = [1 - Pi/(Pb + Pi)] \times 10$

Em que:

PP – Pontuação do fator Preço

PB – Preço base definido no procedimento

Pi – Preço da proposta em análise

c) Gestão de resíduos Sólidos (RS) – 0,20

No fator Gestão de Resíduos Sólidos (RS), a cada proposta será atribuída uma pontuação de 20, 15, 10 ou 5, resultante do juízo de comparação entre o respetivo atributo com o conjunto dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para este aspeto, conforme consta no quadro seguinte:

O plano de Gestão de resíduos Sólidos revela total identificação, manuseamento e destino final	20
O plano de Gestão de resíduos Sólidos não revela total identificação, manuseamento e destino final, no entanto, não existem dúvidas na sua caracterização e identificação	15
O plano de Gestão de resíduos Sólidos é generalista e não identifica os materiais característicos da obra	10
O plano de Gestão de resíduos Sólidos para além de generalista não se coaduna com a execução da obra	5

Pontuação Final = 0,40 VTP + 0,40 PP + 0,20 RS

- d) Ao concurso público desencadeado, publicitado nos termos legais, e que correu através da plataforma eletrónica *acinGov*, apresentaram proposta as seguintes entidades:



<i>Concorrentes</i>	<i>Propostas</i>
<i>Nascimento & Nascimento, Ld.^a</i>	455 789,52€
<i>AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A.</i>	499 500,00€
<i>Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.</i>	475 300,00€
<i>Edimade - Edificadora da Madeira, S.A.</i>	488 000,00€

- e) Na decorrência da análise formal das propostas, o júri do procedimento propôs, no relatório preliminar, elaborado em 19 de setembro de 2011, a exclusão das dos concorrentes *Nascimento & Nascimento, Ld.^a*, e *Edimade - Edificadora da Madeira, S.A.*, com fundamento na al. d) do n.º 2 do art.º 146.º, conjugado com a al. c) do n.º 1 do art.º 57.º, ambos do CCP, em virtude de não contemplarem, na íntegra, os documentos exigidos na subalínea xi da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento.
- f) No mesmo relatório, e em resultado da apreciação e ordenação das propostas à luz do critério e do modelo de avaliação previamente fixados e externados, o júri do procedimento propôs a adjudicação da empreitada à proposta da empresa *Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.*, por ter ficado classificada em primeiro lugar.
- g) No exercício do direito de audiência prévia pronunciaram-se os concorrentes *Nascimento & Nascimento, Ld.^a*, e *AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A.*.

O primeiro deles defendeu nessa sede que havia procedido à entrega, na íntegra, de todos os documentos solicitados no programa do procedimento, por ter entendido que esses documentos diziam respeito a produtos de construção utilizados, de uma forma genérica, em obras a decorrer no presente, e não concretamente a produtos a utilizar na obra posta a concurso, invocando, mesmo assim, ter apresentado declaração de compromisso de um fornecedor. Não obstante, reconheceu não ter juntado a declaração do fornecedor do betão e do betuminoso, isto sem embargo de considerar que a exigência de tal documento comprometeu a livre concorrência e condicionou o respetivo procedimento - atenta a dificuldade de obtenção, em fase do concurso, da dita declaração de compromisso dos fornecedores dos mencionados materiais, por estes serem direta ou indiretamente seus concorrentes - e que, em consequência, a sua não apresentação não poderia ser motivo de exclusão de qualquer concorrente.

Por sua vez, o segundo daqueles concorrentes manifestou a sua concordância com a proposta de exclusão das propostas acima identificadas, formulada pelo júri do procedimento, ao mesmo tempo que questionou a admissão da proposta do concorrente *Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.*, igualmente com fundamento no não cumprimento de todos os requisitos estabelecidos na subalínea xi da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento.

- h) Apreciadas as alegações destes dois concorrentes, o júri do concurso fez constar, no segundo relatório preliminar, datado de 28 de outubro de 2011, que a exigência formulada no citado artigo do programa do procedimento deveria “*ser interpretada, no sentido de os concorrentes, através de documento - declaração de compromisso -*” comprometerem-se, “*por si, ou através de terceiro, nesta fase concursal, a assegurar que*” iriam “*dar cumprimento, na execução da obra em causa, ao conteúdo da Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo DL 301/2007 de 23 de Agosto e NP ENV 1360-1*”.

Segundo o mesmo júri, “[*m*]ais não se pode exigir neste momento procedimental, na medida em que, nos termos do n.º 4 do art.º 1.º do CCP, determina-se os princípios basilares da elaboração deste código”, preceituando aquela norma que “[*à*] contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”.

Por conseguinte, e tendo em conta que “*as disposições de participação dos concorrentes nos procedimentos públicos devem observar regras que não coloquem em causa este princípio da igual-*

dade e da concorrência entre os concorrentes”, sendo o “apelo ao mercado” “dirigido a categorias abertas e indetermináveis de destinatários”, concluiu aquele órgão que “[a] disposição em causa não teve por referência restringir a liberdade de concorrência, antes pelo contrário”, já que a mesma “apenas procurou salvaguardar, através da declaração de compromisso, por si ou por terceiros, que na execução da obra” seria “dado cumprimento à utilização de materiais de construção previstos naqueles diplomas”, relegando “para outra fase - a da execução - a verificação dessa situação, mas nunca em fase temporariamente situada na admissão do procedimento concursal”, afirmando, a final, que “o sentido da declaração exigida no Anexo I, também” deveria “ser interpretada nesse sentido e em seu complemento”.

- i) Escudando-se neste raciocínio, e também por considerar que os concorrentes Nascimento & Nascimento, Ld.^a, e Edimade - Edificadora da Madeira, S.A., haviam apresentado as declarações de compromisso consideradas suficientes, o júri do procedimento deliberou propor a readmissão das propostas de ambos, tendo daí resultado a elaboração do seguinte quadro com os resultados da análise, apreciação e ordenação das propostas:

Concorrentes	Valor das Propostas	Valia Técnica da Proposta (40%)		Preço (40%)	Gestão (20%)	Pontuação Total	Ordenação
		PT (50%)	MD (50%)				
Nascimento & Nascimento, Ld. ^a	455 789,52€	20	20	5,248	20	14,099	1.º
AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.	499 500,00€	20	20	5,019	20	14,008	3.º
Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.	475 300,00€	20	20	5,143	20	14,057	2.º
Edimade – Edificadora da Madeira, S.A.	488 000,00€	20	20	5,077	20	12,031	4.º

- j) Após terem sido notificados do conteúdo deste segundo relatório, pronunciaram-se no âmbito da audiência prévia os concorrentes *Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.*, e *AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A.*
- k) A firma *Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.*, pôs em causa a legalidade da readmissão da proposta da empresa *Nascimento & Nascimento, Ld.^a*, alegando que a mesma não se encontrava instruída com a totalidade dos documentos exigidos no programa do procedimento, porquanto o concorrente juntou um documento caducado e não entregou o comprovativo relativo ao fornecimento de betão, o que, em seu entender, deveria ter determinado a sua exclusão do concurso, com base no disposto nos art.ºs 70.º, n.º 2, al. a), e 146.º, n.º 2, al. d), do CCP, tendo também invocado a insuficiente fundamentação do sobredito relatório, na parte relativa à atribuição da pontuação máxima à proposta daquele concorrente no âmbito dos subfactores “*Plano de Trabalhos*” e “*Memória Descritiva*”.

Por seu turno, o concorrente *AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A.*, questionou a readmissão e avaliação das propostas dos concorrentes *Nascimento & Nascimento, Ld.^a*, e *Edimade - Edificadora da Madeira, S.A.*, assim como a admissão da proposta da empresa *Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.*, bem como a fundamentação deste segundo relatório preliminar.

De acordo com a exposição deste concorrente, as propostas inicialmente excluídas não continham todos os documentos e elementos exigidos na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento, estando especificamente em falta, relativamente ao concorrente *Nascimento & Nascimento, Ld.^a*, as declarações de compromisso dos fornecedores e os certificados de qualidade e marcação CE dos betuminosos e seus agregados, isto para além de os certificados dos betões, seus agregados e inertes se encontrarem caducados.



- l) No relatório final, datado de 15 de novembro de 2011, o júri do concurso tomou as observações daqueles concorrentes como “irrelevantes”, mantendo a proposta de adjudicação da empreitada à empresa *Nascimento & Nascimento, Ld.^a*.
- m) Acolhendo a fundamentação constante do relatório final do júri do procedimento, o Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, através de despacho de 16 de novembro de 2011, adjudicou a empreitada posta a concurso àquela empresa, tendo o respetivo contrato de empreitada sido assinado em 10 de janeiro de 2012.
- n) Segundo informação do Município, o despacho de adjudicação da empreitada não foi objeto de recurso hierárquico nem de impugnação contenciosa.
- o) O processo em questão foi apreciado em sessão ordinária de 12 de abril de 2012, da SRMTC, na qual foi concedido o visto ao contrato, com recomendações, através da Decisão n.º 7/FP/2012, assente nos seguintes fundamentos:

“Da factualidade dada por assente nos presentes autos emanam duas questões de legalidade que importa apreciar, reportando-se a primeira delas à admissão da empresa adjudicatária ao procedimento pré-contratual e, a segunda, à adoção, no modelo de avaliação das propostas, de expressões genéricas e imprecisas.

A abordagem a dar à primeira destas situações remete-nos, desde logo, para o regime jurídico da contratação pública, constante do CCP, mais especificamente, para os artigos 40.º, n.º 1, alínea b), 41.º e 42.º, que identificam como peças do concurso público o programa do procedimento, no qual a entidade adjudicante define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua outorga e que configura, nessa medida, um verdadeiro regulamento, e o caderno de encargos, que contém as cláusulas jurídicas e técnicas a incluir no contrato a formalizar.

Estas duas peças assumem-se como documentos essenciais a qualquer concurso público, dos quais deve constar toda a informação que importe dar a conhecer aos concorrentes, de modo a que estes possam fornecer à entidade adjudicante todos os dados que lhe permitam uma tomada de decisão imparcial.

Nessa medida, cabe à entidade adjudicante, no âmbito dos poderes que a lei lhe confere, formular as regras do concurso, às quais se auto vincula e que, em respeito pelo princípio da estabilidade, devem manter-se inalteradas na sua pendência, uma vez que quaisquer ajustamentos ou alterações subsequentes ao término do prazo de entrega das propostas são, em princípio, suscetíveis de ofender direitos, garantias ou posições dos concorrentes e de gerar desigualdades entre eles, levando também à quebra de confiança depositada nos documentos do concurso.

Por seu turno, ao elaborarem as respetivas propostas, os eventuais concorrentes devem submeter-se e aderir às regras em que a entidade adjudicante declarou unilateralmente estar disposta a contratar, indicando em que termos se predispõem a fazê-lo, relativamente aos aspetos deixados em aberto nos elementos que servem de suporte ao procedimento.

Neste contexto, e em matéria de propostas, determina o artigo 57.º, n.º 1, alínea c), do CCP, que estas são constituídas, entre outros, pelos «[d]ocumentos exigidos pelo programa de procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule», dispondo, por sua vez, o artigo 146.º, n.º 2, alínea d), do mesmo Código, que, no relatório preliminar, o júri deve propor a exclusão das propostas «que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no n.º 1» do artigo supra citado.

Donde se retira que os destinatários dos concursos públicos estão obrigados a instruir as suas propostas com a aludida documentação, sob pena de as mesmas virem a ser excluídas, por força da cominação da norma invocada.

Transpondo este quadro legal para o caso concreto, conclui-se que entidade adjudicante, recorrendo ao espaço de manobra que a lei lhe confere no domínio da definição do regulamento do procedimento pré-contratual, exigiu, na subalínea xi da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do concurso, que as propostas fossem instruídas com os documentos comprovativos da utilização, pelos concorrentes, de produtos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo Decreto-Lei n.º 103/2007, de 23 de agosto, e NP ENV 13670-1, e bem assim, se fosse o caso, com declarações de compromisso dos fornecedores.

Embora a observância desta legislação, que regula e define as características e especificações técnicas e funcionais dos materiais a aplicar em obra, resulte diretamente dos diplomas listados, sempre se poderá, no entanto, equacionar a pertinência prática da exigência feita pela entidade adjudicante relativamente à apresentação daquela documentação pelos opositores ao concurso, isto quando se verifica, por um lado, que a execução de obras públicas pressupõe, desde logo, a obrigatoriedade da utilização de produtos de construção que estejam em conformidade com a legislação invocada e, por outro, que a empreitada a realizar não reveste características de tal modo específicas que pudessem, à partida, justificar essa necessidade, por estar em causa a simples beneficiação de um caminho agrícola já existente, conforme é reconhecido pela Edilidade.

Não obstante as razões que neste âmbito pudessem vir a ser externadas pelo Município da Calheta, o certo é que os concorrentes se encontravam vinculados a instruir as suas propostas com todos os documentos elencados pela entidade adjudicante no regulamento do procedimento, o que, a não acontecer, determinaria a exclusão das respetivas propostas.

Posto isto, e por força do disposto no artigo 146.º, n.º 2, alínea d), em articulação com o artigo 57.º, n.º 1, alínea c), do CCP, impunha-se a exclusão da proposta do concorrente Nascimento & Nascimento, Ld.ª, a qual, conforme o próprio júri reconheceu no relatório preliminar, não apresentava na íntegra os documentos exigidos na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do concurso.

Todavia, não foi esse o entendimento seguido pelo júri do procedimento, já que no seu relatório final propôs a adjudicação da empreitada àquela empresa, com base numa interpretação das peças do concurso que nelas não encontrava suporte.

Face ao que se disse acerca da princípio da estabilidade das regras procedimentais, esta atuação do júri do concurso - que, de harmonia com os artigos 67.º, n.º 1, e 69.º, n.º 1, do CCP configura um órgão ad hoc cujos poderes estão confinados à condução dos procedimentos pré-contratuais - deve ter-se por ilegal, na medida em que não dispunha de poderes para alterar as condições em que a entidade adjudicante previamente se dispôs a contratar.

Simultaneamente, ao não atender escrupulosamente às regras impostas pelas peças do concurso, o júri não assegurou a sã aplicação das regras do jogo pré-contratual e favoreceu a empresa Nascimento & Nascimento, Ld.ª, ao considerar que a respetiva proposta respondia materialmente às exigências instrutórias delineadas pela entidade adjudicante e ao propor assim a sua admissão a concurso, pondo também em crise, com semelhante comportamento, os princípios enformadores da contratação pública, mormente dos princípios da transparência e da concorrência, que encontram consagração expressa no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

Impunha-se, assim, o afastamento do concurso da proposta da daquele concorrente, com base na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º, em conjugação com a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, ambos do CCP, cujos termos mandam excluir as propostas que não incluam por todos os documentos a que alude este último normativo.

Em face do disposto no artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, a inobservância dos preceitos incisos, bem como dos apontados princípios norteadores da contratação



pública, de que o artigo 146.º, n.º 2, alínea d), do CCP, é corolário, torna anulável, por vício de violação de lei, o ato de adjudicação da empreitada, consubstanciado no despacho emitido pelo Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, em 16 de novembro de 2011, que acolheu a fundamentação constante do relatório final do júri do procedimento, o que, por força do preceituado no n.º 2 do artigo 283.º do CCP, determina a invalidade do contrato celebrado com a empresa adjudicatária.

A segunda questão que subjaz à matéria de facto relatada nestes autos prende-se, conforme foi mencionado, com a definição do modelo de avaliação das propostas que desenvolveu o critério de adjudicação das propostas, e que cumpre aqui analisar, uma vez mais, por remissão para o regime jurídico da contratação pública constante do CCP, mais concretamente para o disposto no artigo 132.º, n.º 1, alínea n), in fine, deste Código, o qual preceitua que o programa do procedimento deve indicar «[o] critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando-se claramente os fatores e eventuais subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos fatores ou subfatores, a respetiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuação parciais».

No caso vertente, o critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, tendo sido explicitados no programa do procedimento os fatores e subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

Contudo, o artigo 11.º do programa do procedimento não acolheu corretamente a definição do modelo de avaliação das propostas, uma vez que não identifica de forma clara e precisa o conjunto ordenado dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos no tocante aos subfatores do fator «Valia Técnica da Proposta» e ao fator «Gestão de Resíduos Sólidos» inseridos no critério de adjudicação.

Com efeito, embora a entidade adjudicante goze de alguma margem de discricionariedade no domínio da definição das regras do concurso, nomeadamente no que respeita à escolha do critério de adjudicação e dos respetivos fatores e eventuais subfatores e suas ponderações, não deixa de ser evidente que, na situação em apreço, a disciplina vertida pelos n.ºs 3 e 5 do artigo 139.º do mesmo CCP não foi acolhida na elaboração do modelo de avaliação das propostas, pondo em causa os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência e da boa fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais e que transparecem, quer do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, quer do n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

Ganha, por isso, importância o facto de, para a atribuição das pontuações parciais nos subfatores e fatores em causa, o modelo de avaliação adotado aludir unicamente a uma escala estruturada no que concerne aos subfatores «Plano de trabalhos» e «Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra» integrados no fator «Valia Técnica da Proposta», e ao fator «Gestão de Resíduos Sólidos», com recurso a expressões vagas e pouco precisas, tais como «revela total coerência», «não revela total coerência», «revela total identificação», «não revela total identificação» e «é generalista».

Daí que não colha o entendimento sustentado pela Edilidade de que «[n]este modelo, foi adotado um conjunto ordenado de diferentes atributos que permitia a atribuição de pontuações parciais, sendo a classificação final obtida a partir do somatório dessas pontuações parciais devidamente ponderadas» e de que pretendeu «desta forma eliminar qualquer poder discricionário na avaliação de propostas, ficando antes o júri vinculado ao enunciado em cada grelha»,

porquanto a ideia que se pode formular acerca do modelo de avaliação adotado é a de que os paradigmas de referência utilizados são vagos e genéricos, e não abonam a favor de uma avaliação objetiva e imparcial, já que a entidade adjudicante não forneceu previamente qualquer densificação ou determinação das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Em termos concretos, as apontadas deficiências ao nível da formulação do modelo que esteve na base da avaliação das propostas impediram que se ficasse a conhecer o trajeto seguido pelo júri para fazer corresponder à proposta do concorrente Nascimento & Nascimento, Ld., no fator «Valia Técnica da Proposta» que integra os subfactores «Plano de trabalhos» e «Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra» e no fator «Gestão de Resíduos Sólidos» a pontuação de 5 a 20 pontos, com remissão apenas para as expressões «revela total coerência», «não revela total coerência», «revela total identificação», «não revela total identificação» e «é generalista», assim como no que tange ao raciocínio desenvolvido para efeitos de atribuição da pontuação aos demais concorrentes nos mesmos subfactores e factores, porquanto se colocam exatamente as mesmas incertezas, que o concorrente AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A., não deixou de assinalar em sede de audiência prévia.

Ora, a violação dos citados artigos 132.º, n.º 1, alínea n), in fine, e 139.º, n.ºs 3 e 5, do CCP, determina a anulabilidade do ato final de adjudicação da empreitada, tal como emana do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, sanção essa que se tramite ao contrato celebrado, por força do consignado no artigo 283.º, n.º 2, também do referenciado Código.

Na perspetiva da fiscalização prévia, as ilegalidades acima identificadas, consubstanciadas na indevida admissão ao concurso da proposta da empresa adjudicatária e na incorreta definição do modelo de avaliação das propostas, constituem motivo de recusa de visto no quadro da previsão normativa da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, na medida em que as mesmas potenciaram, em abstrato, a alteração do resultado financeiro do contrato.

Não obstante, apurou-se que a proposta da empresa Nascimento & Nascimento, Ld.ª, era a de mais baixo preço e ainda que o Município da Calheta apenas recentemente foi objeto de recomendação relativamente à segunda das ilegalidades enunciadas, através da Decisão n.º 6/FP/2012, de 8 de março, em que se suscitava idêntica questão, não havendo registo de anteriores recomendações dirigidas à Edilidade em relação à primeira das questões suscitadas.

Por outro lado, não pode dar-se por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, pelo que se afigura adequado que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar ao Município da Calheta que, futuramente, evite as ilegalidades de que aqui se dá conta. (...)

Pelo exposto, este Tribunal decide (...) **conceder o visto** ao contrato sub judice, recomendando ao Município da Calheta que:

- Nos procedimentos de formação de contratos que venha a desencadear, observe a disciplina vinculativa que emerge do artigo 146.º, n.º 2, alínea d), em articulação com o artigo 57.º, n.º 1, alínea c), ambos do CCP, respeitando de forma rigorosa os requisitos de admissibilidade das propostas, impostos pela lei e pelo regulamento do concurso e tendo presente que a adjudicação deve ser feita a um concorrente regularmente admitido;
- Em reforço da chamada de atenção inserida na Decisão n.º 6/FP/2012, de 8 de março, dê pleno cumprimento ao disposto nos artigos 132, n.º 1, alínea n), in fine, e 139.º, n.ºs 2 e 3, igualmente daquele Código, explicitando, em concreto, no modelo de avaliação das propostas, quando opte pelo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vanta-



josa, as exatas condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dê conhecimento aos concorrentes no programa do concurso.

3.2. Normas legais aplicáveis

Os preceitos normativos cujo desrespeito conduziu diretamente à prática das ilegalidades apreciadas no ponto anterior, em concreto na Decisão n.º 7/FP/2012, são:

- No que tange à primeira delas, o art.º 146, n.º 2, al. d), em articulação com o art.º 57.º, n.º 1, al. c), ambos do CCP;
- No segundo caso, os art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), *in fine*, e 139.º, n.ºs 2 e 3, também do CCP.

3.3. Caracterização das infrações e respetivo enquadramento legal

As ilegalidades assinaladas no âmbito da apreciação do processo de visto em referência, decorrentes da inobservância dos preceitos legais identificados no antecedente ponto 3.2., são passíveis de configurar ilícitos financeiros, enquadráveis na previsão normativa do art.º 65.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, da LOPTC (com as alterações introduzidas pelo art.º 1.º da Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, e pelo art.º único da Lei n.º 35/2007, de 13 de agosto), que consagra a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas, dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando esteja em causa, designadamente, a violação de normas sobre a assunção de despesas públicas ou compromissos

3.4. Identificação dos responsáveis

Na situação vertente, e em conformidade com o disposto no art.º 61.º, n.º 2, aplicável *in casu* por força do art.º 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, as infrações financeiras detetadas, puníveis com multa, são imputáveis ao Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, Carlos Manuel Figueira de Ornelas Teles, responsável que autorizou a escolha do procedimento pré-contratual e adjudicou a empreitada posta a concurso, em 4 de agosto de 2011 e 16 de novembro do mesmo ano, respetivamente, e que, enquanto tal, reveste a qualidade de agente da ação.

Não obstante, e face ao consignado nos n.ºs 3 e 4 do citado art.º 61.º da LOPTC, uma vez mais aplicável *ex vi* do art.º 67.º, n.º 3, deste mesmo diploma, a prática do ilícito consubstanciado na irregular admissão da empresa adjudicatária ao concurso público que antecedeu a celebração do contrato de empreitada é igualmente imputável ao júri do procedimento, composto por Aleixo Jacinto Castro Abreu, Vera Escuna e Francisco Célio Campos Gouveia, o primeiro na qualidade de presidente e os demais na qualidade de vogais, na medida em que, enquanto membros efetivos do órgão incumbido de conduzir o procedimento adjudicatório, procederam à apreciação das propostas apresentadas e elaboraram os relatórios de análise das mesmas.

Por seu turno, a incorreta definição do modelo de avaliação das propostas é ainda imputável ao técnico superior da área da contratação pública, Luís Nobrega Câmara, que emitiu parecer de concordância com as peças do procedimento, em 3 de agosto de 2011¹¹.

¹¹ Pese embora tivesse sido solicitado ao Presidente da Edilidade que identificasse nominal e funcionalmente o(s) autor(es) da informação interna que serviu de suporte à abertura do procedimento adjudicatório, pois esta encontrava-se omissa naquele documento (vide o nosso ofício com a ref.ª 1207, de 26 de junho de 2012), a resposta apresentada pelo Município no dia 10 de julho seguinte, a coberto do ofício com a ref.ª 100/SCGP Pº 352, não evidencia essa autoria, tendo-se optado por elencar os técnicos responsáveis pela publicação de elementos e pelo carregamento das peças do procedimento na plataforma eletrónica utilizada pela Autarquia, mais se tendo referenciado que a informação de abertura é “*gerada automaticamente pela plataforma após carregamento das peças do procedimento, publicação, cabimentação, emissão de parecer e aprovação de abertura do procedimento*”.

3.5. Justificações ou alegações apresentadas

No âmbito da verificação preliminar que incidiu sobre o processo em apreço instou-se a Autarquia da Calheta, através do ofício com a ref.^a UAT I/19, de 24 de janeiro de 2012, a clarificar a admissão ao concurso da empresa adjudicatária, quando os elementos analisados indiciavam que a mesma não havia instruído a sua proposta com toda a documentação comprovativa solicitada na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento.

Paralelamente, solicitou-se àquele Município que, em face das exigências impostas pelos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), *in fine*, e 139.º, n.ºs 3 e 5, do CCP, em matéria de construção do modelo de avaliação das propostas, e tendo ainda presente a disciplina jurídica emanada dos art.ºs 146.º, n.º 1, al. d), e 148.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo Código, justificasse o facto de no conjunto ordenado dos atributos suscetíveis de serem propostos afeto à escala de pontuações adotadas no âmbito dos subfactores “Plano de trabalhos” e “Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra” terem sido utilizadas expressões vagas e indefinidas, tais como “total coerência”, “manifesta falta de coerência” e “evidente falta de coerência”.

Na sua resposta, constante do ofício ref.^a 26/SCGC, de 24 de fevereiro de 2012, a Autarquia defendeu, relativamente à primeira questão, que “a adjudicação foi efetuada à empresa Nascimento & Nascimento, Ld.^a que foi o concorrente que entre os que apresentaram todos os documentos exigidos apresentou o preço mais baixo”, tendo juntado “os documentos comprovativos que demonstram que este concorrente utiliza produtos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE e pelo DL 301/2007 de 23 de Agosto e NP ENV 13670-1”.

No concernente à segunda questão, a Edilidade argumentou o seguinte:

“No modelo de avaliação das propostas foram utilizadas expressões como «total coerência», «manifesta falta de coerência» e «evidente falta de coerência» no que respeita aos atributos «Plano de trabalhos» e «Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra», traduzidas depois para uma escala numérica de 5 a 20 valores. Neste modelo, foi adotado um conjunto ordenado de diferentes atributos que permitia a atribuição de pontuações parciais, sendo a classificação final obtida a partir do somatório dessas pontuações parciais devidamente ponderadas. A título de exemplo, refira-se a pontuação a atribuir de 20 valores no tocante ao plano de trabalhos, pressuponha que o mesmo estivesse elaborado de modo a ser perceptível identificar todos os trabalhos, a sequência lógica da execução desses trabalhos e os meios a afetar aos mesmos, quer em termos de pessoal, quer em termos de equipamentos. Os planos de trabalhos bem programados teriam a pontuação máxima, só possível quando cumprissem com o descritivo no quadro da sua avaliação. Pretendeu-se desta forma eliminar qualquer poder discricionário na avaliação de propostas, ficando antes o júri vinculado ao enunciado em cada grelha. Refira-se ainda que o modelo de avaliação proposto não foi objeto de qualquer pedido de esclarecimento ou contestação por parte dos concorrentes, pelo que estamos convictos que o mesmo foi claro e não deixou dúvidas aos participantes”.

Face à posição sustentada em relação à primeira das questões equacionadas, e porque o exame dos documentos disponibilizados - cujas cópias em suporte digital já constavam, aliás, do processo -, permitiu confirmar de forma indelével que as licenças para o uso da marca produto certificado de alguns dos materiais a utilizar na obra encontravam-se caducadas à data da abertura do procedimento, faltando também a declaração do fornecedor do betão e do betuminoso, solicitou-se novamente ao Município da Calheta, por meio do Despacho n.º 11-A/FP/2012, de 7 março, que demonstrasse a efetiva legalidade da admissão da empresa adjudicatária ao concurso público lançado.

Neste encadeamento, a Edilidade alegou o seguinte, a coberto do seu ofício ref.^a 48/SCGC, de 23 de março de 2012.

“Na subalínea xi), alínea b), n.º 1 do art.º 9.º do programa de concurso, exigiu-se aos concorrentes que apresentassem «Documentos comprovativos que demonstrem que o concorrente utiliza produ-



tos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo DL 301/2007 de 23 de Agosto e NP 13670-1. No caso aplicável, declaração de compromisso dos fornecedores (...)).».

Aquando da elaboração do primeiro relatório preliminar e após a primeira audiência dos interessados, ouvidos todos os concorrentes e atendendo às características da obra em causa, chegou-se à conclusão que a expressão «utiliza» empregue não foi a mais adequada.

Na verdade o que se pretendia era que os concorrentes de certa forma se comprometessem que iriam utilizar produtos certificados, exigência aliás que decorre da legislação em vigor.

Por outro lado verificou-se que ao concurso foram opositoras outras empresas que para além de concorrentes, também eram fornecedores de produtos de construção. Assim sendo, equacionou-se a questão de haver de certa forma alguns constrangimentos por parte das empresas não produtoras que teriam de pedir uma declaração de compromisso às outras para poderem concorrer, limitando de certa forma a concorrência que se pretendia fomentar.

Ponderados todos estes factos, entendeu o júri admitir todas as empresas que apresentaram declarações de certificação de produtos, independentemente das datas que constavam nos documentos, e de entre elas, optar pela adjudicação à empresa que oferecia o preço mais baixo.

Sublinhe-se, por fim, o facto de o Município referir que *“As questões agora suscitadas já foram devidamente ponderadas pelos nossos serviços de contratação pública, tendo-se decidido que tais exigências não constarão em futuros programas de concurso.”*

3.6. Justificações ou alegações apresentadas em sede de contraditório

Tal como adiantado no ponto 2.3. *supra*, dos responsáveis citados nos termos do art.º 13.º da LOPTC, para efeitos de exercício do contraditório, pronunciaram-se em articulados autónomos o Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, Carlos Manuel Figueira de Ornelas Teles, e dois dos membros do júri, Aleixo Jacinto Castro Abreu e Francisco Célio Campos Gouveia.

O Vice-Presidente da Edilidade, Carlos Manuel Figueira de Ornelas Teles, defendeu-se da imputação de responsabilidade sancionatória que lhe foi feita sustentando que se limitou *“(…) no âmbito das suas funções e competências a autorizar o procedimento concursal, que foi elaborado pelo projetista e na segunda situação procedeu ao ato de adjudicação conforme proposta do Júri do concurso”*.

Acresceu que *“As suas funções são exercidas na base da confiança institucional, no quadro administrativo do município da Calheta, inerente a quem tem responsabilidade de decidir”, e que “(…) não é técnico, nem lhe é exigido os conhecimentos técnicos/normativos característicos do processo em análise”, pelo que “Os atos administrativos praticados e sobre os quais foram aferidas a sua responsabilidade, traduzem-se em atos de concordância sobre o que lhe foi dirigido na «cadeia de competências administrativas»”*.

Já os alegantes Aleixo Jacinto Castro Abreu e Francisco Célio Campos Gouveia, contrapuseram, em síntese, que a *“(…) preocupação na elaboração do relatório (preliminar e final) foi assegurar o cumprimento dos preceitos legais e salvaguardar, no âmbito da contratação em apreço, a melhor proposta para o Município da Calheta. Neste sentido (…) a atuação, enquanto membro do júri foi de boa fé e respeito pela salvaguarda dos interesses do Município (…).”*

No domínio da avaliação e graduação da culpa, realçaram não ter sido *“(…) determinado, em sede de relato de auditoria, a análise da culpa do agente e isso é fundamental para a imputação dos factos e respetivas consequências de punibilidade.*

Nestes termos, e face a ausência de dolo manifesto na conduta (…) e porque o próprio agente pautou a sua conduta dentro de regras de boa fé e da sua conduta não resultou quaisquer valores públicos que tenham sido lesados, aliás como reconhece o Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia do contrato de empreitada (...), *nem tão pouco [h]ouve verificação de situação de risco (…).”*

O fundamento factual da infração imputada ao Vice-Presidente da edilidade reporta-se aos despachos de 4 de agosto e de 16 de novembro de 2011, por força dos quais foi autorizada a escolha do procedimento pré-contratual e adjudicada a empreitada posta a concurso, respetivamente, pois é certo que esta última decisão conduziu à escolha de um concreto empreiteiro por determinado valor, e implicou a autorização de uma despesa e a assunção de compromissos¹².

Sobre os argumentos apresentados cumpre desde logo referir que a aceitação do cargo de Vice-Presidente do Município confere ao edil obrigação de conhecer as normas que regulam e disciplinam a utilização dos dinheiros públicos e, em especial, as normas da contratação pública. O facto de não “*ser técnico*”¹³ não o exime das responsabilidades inerentes às decisões que profere já que tem a obrigação, como último garante da legalidade administrativa, de se certificar de que estão cumpridas todas as exigências de fundo e de que o ato administrativo a praticar será juridicamente perfeito, ou seja destituído de vícios geradores de nulidade, de anulabilidade ou de ineficácia, em observância ao princípio da legalidade (nesse sentido, vide o art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa¹⁴, e o art.º 3.º, n.º 1, do CPA).

Relativamente ao alegado quanto à boa-fé e ao respeito pela salvaguarda dos interesses do Município, argumentos desta feita invocados pelos membros do júri do concurso, Aleixo Jacinto Castro Abreu e Francisco Célio Campos Gouveia, apenas se observa que por si só não constituem fundamentos para afastar a ilicitude apurada, ainda que a título de negligência, pois a aceitação da sua nomeação, pela entidade adjudicante, para membros daquele órgão *ad hoc*, traz implícito o reconhecimento da responsabilidade que derivará da tomada de decisões com consequências no domínio da contratação pública, as quais se deverão pautar pela legalidade, designadamente em matéria financeira.

Todavia, não obstante se mantenham as conclusões plasmadas no relato acerca da prática das ilegalidades descritas, no contexto que ficou delineado e com base na factualidade apurada, fica evidenciado que tais ilegalidades apenas podem ser imputadas aos responsáveis identificados no ponto 3.4. a título de mera negligência, tal como os contraditados Aleixo Jacinto Castro Abreu e Francisco Célio Campos Gouveia alegaram em sua defesa, já que a inobservância das normas legais aplicáveis nas áreas assinaladas não terá sido intencional, tendo antes resultado de uma convicção que a admissão da empresa adjudicatária e o modelo de avaliação considerado não envolveriam qualquer incumprimento dessas mesmas disposições normativas.

Este circunstancialismo, conjugado pelo facto de ser a primeira vez de os responsáveis serem chamados à atenção pela prática das infrações apontadas, e não existir anteriormente, recomendação nos domínios em questão, configura um quadro apropriado à relevação da responsabilidade financeira sancionatória, tal como resulta das als. a) a c) do n.º 8 do art.º 65.º da LOPTC, na versão saída da Lei n.º 35/2007.

3.7. Identificação de anteriores censuras/recomendações formuladas

Conforme consta do teor da Decisão n.º 7/FP/2012, citada no ponto 3.1., não foi identificada qualquer anterior recomendação do Tribunal de Contas dirigida ao Município da Calheta motivada pela ilegal admissão ao procedimento pré-contratual do concorrente sobre cuja proposta recaiu a adjudicação, nos termos enunciados, sendo de registar que apenas a 8 de março de 2012 foi recomendada, àquela Edilidade, a observância das normas relativas à definição do modelo de avaliação das propostas, o que

¹² Embora tecnicamente, segundo o ponto 2.6.1. do POCAL, o momento do registo contabilístico do compromisso coincida com a celebração do contrato.

¹³ Não é admissível que aqueles que se propuseram e aceitaram voluntariamente o exercício de funções de grande responsabilidade pública possam alegar desconhecer os deveres que lhes cabem na defesa dos procedimentos corretos e impostos por lei bem como na adequada e criteriosa gestão dos dinheiros públicos.

¹⁴ Vide a Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto, que procedeu à sétima revisão constitucional.



Tribunal de Contas
Secção Regional da Madeira

ocorreu ao abrigo da Decisão n.º 6/FP/2012, que recaiu sobre um processo de visto em que se suscitava idêntica questão.



4. DETERMINAÇÕES FINAIS

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira, e ao abrigo do disposto no art.º 106.º, n.º 2, da LOPTC, decide:

1. Aprovar o presente relatório de auditoria e as recomendações nele formuladas;
2. Relevar a responsabilidade financeira sancionatória imputável aos responsáveis pela factualidade enunciada no ponto **3.1.**, ao abrigo do disposto do art.º 65.º, n.º 8, alíneas a) a c), da LOPTC;
3. Ordenar que exemplares deste relatório sejam remetidos aos responsáveis identificados no ponto **3.4.** deste documento;
4. Entregar um exemplar deste relatório à Excelentíssima Magistrada do Ministério Público junto desta Secção Regional, nos termos do art.º 29.º, n.º 4, da LOPTC;
5. Fixar os emolumentos devidos pelo Município da Calheta em 137,31€ (40% do valor de referência), de acordo com o previsto no art.º 18.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas¹⁵, aprovado pelo art.º 1.º do DL 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;
6. Mandar divulgar este relatório no sítio do Tribunal de Contas na *internet*, bem como na *intranet*, após a devida notificação às entidades supra referenciadas;
7. Determinar que o Município da Calheta, no prazo de 12 meses, informe o Tribunal de Contas das diligências por si efetuadas para dar acolhimento às recomendações constantes do relatório agora aprovado.

Aprovado em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, aos 25 dias de setembro de 2013.

O Juiz Conselheiro,

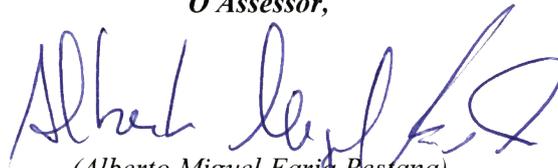
(João Francisco Azeiro Pereira)

A Assessora,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

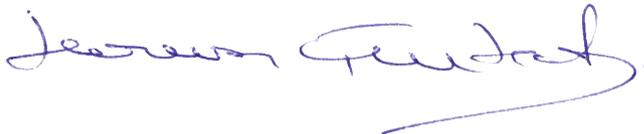
¹⁵ Segundo o n.º 3 do art.º 2.º deste diploma, o valor referência corresponde ao índice 100 da escala indiciária das carreiras do regime geral da função pública, o qual, desde 2009, está fixado em 343,28€.

O Assessor,



(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
A Procuradora-Geral Adjunta,**



(Leonor Furtado)