

Acórdão 2/2023 – 17.jan – 1ªS/PL

Recurso Ordinário: 8/2022

Processo: 43/2022-SRM

Relator: Conselheiro Miguel Pestana de Vasconcelos

DESCRITORES

AGRUPAMENTO DE CANDIDATOS / ALTERAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO / CAPACIDADE FINANCEIRA / CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO / CONSÓRCIO / IMPUGNAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO / INTERESSE PÚBLICO / ÓNUS DE ESPECIFICAÇÃO / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE / REQUISITOS FINANCEIROS

SUMÁRIO

1. A apreciação pelo tribunal *ad quem* do pedido de alteração da matéria de facto implica o cumprimento pelo recorrente do ónus de especificação da impugnação da matéria de facto imposto pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 640.º do CPC (*ex vi* do artigo 80.º da LOPTC).
2. Não tendo sido dado cumprimento ao ónus mencionado, uma vez que o recorrente não fundamenta a alteração dos factos pretendida, mantém-se intocado o elenco factual fixado pelo tribunal *a quo*.
3. O regime do concurso limitado por prévia qualificação decorre dos artigos 162.º e seguintes do CCP. Nesse quadro legal, são regulados os requisitos de capacidade financeira que os candidatos devem dispor.
4. Nos termos do artigo 165.º, n.º 3 CCP, a entidade adjudicante pode, dentro dos limites aí previstos, definir os requisitos financeiros mínimos.

5. Os requisitos financeiros impostos pela entidade adjudicante devem ser somente os estritamente necessários para a salvaguarda do interesse público que se visa alcançar: a correta e pontual execução do contrato.
6. A exigência de requisitos desproporcionados tem como consequência a restrição da concorrência.
7. A faculdade imposta ao candidato que não preencha os requisitos financeiros desproporcionados de recorrer à declaração bancária prevista no artigo 179, n.º 3 do CCP, equivalente ao preenchimento daqueles requisitos, traduz uma desvantagem concorrencial, violadora da concorrência e do princípio da igualdade (artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP e do artigo 6.º do CPA).
8. No que respeita à definição do modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira por agrupamento de candidatos, 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 artigo 1.º-A, n.º 1 CCP.
9. Não havendo motivo válido para se exigir que todos os membros do agrupamento devem cumprir individualmente com os requisitos mínimos de capacidade financeira, a exigência é desproporcional e, nessa medida, ilegal (artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP e artigo 7.º do CPA).

1.ª Secção – PL

Data: 17/01/2023

Recurso Ordinário: 8/2022–
1ª Secção

Processo: 43/2022 - SRM

RELATOR: Miguel Pestana de Vasconcelos

TRANSITOU EM JULGADO EM 02/02/2023

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção:

I. RELATÓRIO

- 1** O Município de São Vicente (MSV) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, da Decisão n.º 74/2022-FP/SRMTC, de 20 de setembro de 2022, que recusou o visto ao contrato da empreitada para reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente – 2022 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).
- 2** A recusa de visto fundamentou-se no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (LOPTC), designadamente por ter a entidade adjudicante:
 - fixado na cláusula 14.ª n.º 1 alíneas c), d) e e) do programa do concurso limitado por prévia qualificação requisitos mínimos de capacidade financeira que violam o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 3 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), por serem excessivos em relação ao objeto contratual;
 - traçado exigências 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 CCP.
- 3** O Mmo. Juiz Conselheiro da Secção Regional da Madeira proferiu em 06/10/2022 despacho a admitir o recurso, nos termos do disposto no art.º 109.º, n.º 1 da LOPTC, fixando-lhe efeito suspensivo e ordenando a sua remessa à sede deste tribunal.

4 O MSV apresentou as alegações constantes dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:

1. O presente recurso ordinário tem por objeto a 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.

2. Para além dos factos apurados pela SRMTC, deverá este Egrégio Plenário do Tribunal de Contas considerar os seguintes factos relevantes:

a) 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:

(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 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) 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).

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

c) 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 do 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% nos 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% nos 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% nos Açores, num universo de 439 empresas.

- d) Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC e que a Digníssima 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, 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.
 - 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.
- e) 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 o disposto na Cláusula 27.º sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.
- f) 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 €.
- g) 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).”
3. 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 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?
- Analisemos cada uma 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 e da concorrência?**
4. 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.
5. 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).
6. 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.

- 7.** *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 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 aptidão para fazer face aos previsíveis encargos financeiros necessários enfrentar para assegurar o bom e pontual cumprimento das obrigações contratuais.*
- 8.** *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 sentença 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.”*
- 9.** *Na mesma linha no Ac. do TCAS, de 02.06.2016, Proc. n.º 13187/16, consultável in www.dgsi.pt, resumiu-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.”

10. *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.*

11. *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 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.”

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.”

12. 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.

13. 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.

14. 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.

15. 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 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).

- 16.** A SRMTC descurrou e/ou ignorou 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, 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 elaborados e disponibilizados pelo IMIPIC no site <https://www.impic.pt>.
- 17.** A autonomia financeira visa assegurar que a empresa tem capacidade para fazer face aos seus compromissos financeiros através dos capitais próprios.
- 18.** 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%.
- 19.** 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.
- 20.** 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?
- 21.** Por sua vez, o rácio de liquidez geral mede a capacidade da empresa fazer face às suas responsabilidades de curto prazo.
- 22.** 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.
- 23.** 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.
- 24.** O que significa que são milhares as empresas que cumprem com a percentagem mínima exigida.

25. Volta-se a questionar: por que 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 selecionar candidatos que se enquadrem no quartil superior? Porque razão haveria que recuar, por exemplo, para a mediana?!
26. 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.
27. É com base neste rácio que se consegue apurar qual a sustentabilidade da empresa no que concerne à sua viabilidade e continuidade.
28. 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.
29. 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.
30. 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.
31. 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.
32. Ora, a questão pertinente é esta: é correto proibir que uma entidade adjudicante fixe um rácio de solvabilidade que manifestamente lhe permite concluir que a património das empresas é insuficiente para fazer face ao passivo e que, conseqüentemente, poderá ter de contratar candidatos financeiramente inviáveis?! É óbvio que não.
- 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 de seleção, foi severamente reduzida,** tornando-se praticamente inócua do ponto de vista da qualificação dos candidatos.

- 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 financeiro 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 SRMTC ao descurar e ao ignorar que os candidatos poderiam ter feito uso desta faculdade errou e decidiu mal.*
- 36.** *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.*
- 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 do Cláusula 14.ª do PP.*
- 38.** *O recurso aos elementos da interpretação hermenêutica da lei apontam claramente no sentido da desmistificação da relevância seletiva dos requisitos mínimos de capacidade financeira.*
- 39.** *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 mesmo 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).*
- 40.** *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.*
- 41.** *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 demonstram com recuso uma declaração bancária.

- 42.** *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.*
- 43.** *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 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 recuso 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, feito 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?

- 44.** *Entrando na segunda questão, entendeu a Digníssima SRMTC que o modo de preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira fixado na cláusula 33.º do PP é excessivo e desproporcional.*
- 45.** *O artigo 182.º do CCP reza o seguinte: “Salvo se o programa do concurso não dispuser diferentemente e sem prejuízo do número seguinte (...).”*
- 46.** *Ou seja, 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.*
- 47.** *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.*

48. *Gonçalo Guerra Tavares, in Comentários ao Código dos Contratos Públicos, Almedina, 2019, pag. 498, esclarece que: “IV – A assinalada 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 á qualificação nos termos da parte final do artigo 171.ª do Código”. – Em nota de rodapé 541 invoca, neste sentido o Ac do TCA, de 11 de novembro de 2004, proc. n.º 341/04.*
49. *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.*
50. *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, a SRMTC viola de modo gritante a lei, mais concretamente o disposto no n.º 1 do art. 182.º do CCP.*
51. *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.*
52. *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.*
53. *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, 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.*
54. *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.

55. *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.*

- 5 Termina pedindo a revogação da decisão recorrida e a concessão de visto ao contrato.
- 6 O Ministério Público emitiu parecer ao abrigo do disposto no art. 99.º, n.º 1, da LOPTC, no sentido do indeferimento do recurso.
- 7 Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 8 Na decisão recorrida foi dada como assente por provada a seguinte factualidade:
 - 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.¹, instado a, entre outros aspetos:
 - A 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. 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, 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

¹ Cf. o nosso ofício n.º 1945/2022.

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 mês², 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 enviado 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 reconstitui-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) 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 nas*

² A coberto do requerimento resposta n.º 15/2022.

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-se 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 disse que³:

“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

³ A coberto do requerimento resposta n.º 34/2022 de 9 de setembro.

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 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 financeiras 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. 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 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”.*

- 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 edilidade⁴ à Câmara Municipal de São Vicente no dia 7 de fevereiro de 2022.
- 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

⁴ Cfr. a proposta n.º 32/PCM/2022.

peças⁵, tendo o anúncio sido publicado no Diário da República, II Série, n.º 31, de 14 de fevereiro.

- j) Nos termos do caderno de encargos 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

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.*

⁵ Cfr. a ata da terceira reunião de 2022, a págs. 70 a 79, na deliberação que ficou registada com o n.º 32/2022.

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 70.000 m² (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 clausula 15^a”.*

m) Por sua vez, os requisitos mínimos de capacidade financeira foram assim 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 preenchem 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 publicas, 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.”

p) 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.

q) No dia 16 de fevereiro de 2022, 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.^{a6}, na medida em que entendia o seguinte:

“(I) Breve Enquadramento:

1. *A empreitada em questão não tem qualquer caráter 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 discricionariiedade na definição dos requisitos mínimos de capacidade a aplicar. Contudo discricionariiedade 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*

⁶ 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.

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 clausula 13.^a e 14.^a do programa de procedimento.

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 proposta⁷ a discussão e votação na reunião de Câmara de 24 de fevereiro de 2022, sendo que a mesma foi aprovada por unanimidade⁸. 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

⁷ Cfr. a Proposta n.º 41/PCM/2022 de 18 de fevereiro.

⁸ Pela Deliberação n.º 39/2022.

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 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.»

- 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. 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. 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 ficou-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. 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 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 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 (media 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, 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) Nesse ensejo, deliberou o Executivo Camarário⁹, 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 2022¹⁰, tendo o contrato ora submetido a fiscalização prévia sido celebrado no dia 18 de maio subsequente.

⁹ Deliberação n.º 47 na ata da sexta reunião de 2022.

¹⁰ Deliberação n.º 55/2022 na ata da décima reunião de 2022.

- 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”.
- 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).
- aa) Não são conhecidas censuras e/ou recomendações dirigidas ao Município de São Vicente no domínio da questão legal suscitada neste processo.

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 9 Não houve factos considerados como não provados pela instância *a quo*.

II - DE DIREITO

- 10 As conclusões das alegações definem o objeto do recurso e delimitam o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil - CPC), sem prejuízo das questões passíveis de conhecimento oficioso (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* artigo 663.º, n.º 2, do CPC), normas supletivamente aplicáveis ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC.
- 11 Na apreciação do recurso, o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as questões que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações e conclusões de recurso, além de que não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada, tudo conforme resulta do disposto nos artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC.

III.2 PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 12 Pretende o recorrente a alteração da matéria de facto dada como provada, através do aditamento de 12 (doze) alíneas com o seguinte teor:

- a) 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:
- (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 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) 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).
- b) A qualificação dos candidatos assentou no modelo simples de qualificação previsto no artigo 179.º do CCP (Vide Cláusula 17.ª do PP).
- c) 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 do 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% nos Açores, num universo de 351 empresas..

- 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.

- No ano de 2020 a autonomia a autonomia financeira das empresas do quartil 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% nos Açores, num universo de 439 empresas.

d) Dos supra mencionados Relatórios elaborados pelo IMPIC e que a Digníssima SRMTC analisou de modo incorreto e deficitário, consta-se que em várias regiões dos pais, 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, mais concretamente:

- Em 2017 a liquidez geral das empresas do quartil 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.
 - 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.
- e) *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 o disposto na Cláusula 27.º sendo, portanto, o adjudicatário retribuído pelas quantidades de trabalhos efetivamente realizadas.*
- f) *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 €.

- g) *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).”*
- 13** Reproduzindo-se aqui o que este tribunal afirmou no Acórdão n.º 29/2021, 1.ª Secção – PL, de 29/12/2021, em matéria de reapreciação da matéria de facto em sede de recurso das decisões proferidas em processos de fiscalização prévia instaurados no Tribunal de Contas, importa constatar em primeiro lugar que na LOPTC existem apenas duas disposições legais relevantes:
- o artigo 99.º, n.º 5: *“em qualquer altura do processo o relator poderá ordenar as diligências indispensáveis à decisão do recurso”;*
 - o artigo 100.º, n.º 2: *“nos processos de fiscalização prévia o Tribunal pode conhecer de questões relevantes para a concessão ou recusa do visto, mesmo que não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, se suscitadas pelo Ministério Público no respetivo parecer, cumprindo-se o disposto no n.º 3 do art. 99.º”.*
- 14** De tais normas se extrai que pode o tribunal obter oficiosamente novos elementos probatórios não considerados pela 1.ª instância e que, caso o Ministério Público suscite questões não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente (nelas se podendo incluir questões de alteração ou ampliação da matéria de facto), pode o tribunal delas conhecer, desde que respeitado o princípio do contraditório.
- 15** A este conjunto normativo especificamente previsto pelas regras processuais da LOPTC deve acrescentar-se toda a estrutura de recursos prevista pela legislação processual civil, por força da remissão feita pelo artigo 80.º da LOPTC.
- 16** A conjugação das normas próprias da LOPTC e do CPC tem sido alvo de entendimento jurisprudencial unânime neste tribunal – vejam-se (além do citado Acórdão n.º 29/2021) os Acórdãos do Plenário da 1.ª Secção n.º 18/2008, de 16 de dezembro; n.º 3/2018, de 20 de março; n.º 2/2020, de 14 de janeiro; n.º 22/2020, de 22 de abril; ou n.º 4/2021, de 23 de fevereiro (todos

acessíveis em www.tcontas.pt), podendo ler-se quanto a essa matéria, por todos, no citado Acórdão n.º 2/2020 – 1.ª S/PL:

“11. Atenta essa ampla aplicação subsidiária do regime processual civil, será de ter em conta o traço essencial de tal regime, logo declarado no preâmbulo do diploma instituidor da impugnabilidade quanto à matéria de facto em processo civil (o Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/2), nos seguintes termos: «A garantia do duplo grau de jurisdição em sede de matéria de facto nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência – visando apenas a deteção e correção de pontuais, concretos e seguramente excepcionais erros de julgamento». E, na derivação desse programa legal, foi construindo a jurisprudência cível um quadro de parâmetros da referida impugnabilidade, que se podem condensar em duas asserções essenciais: por um lado, a noção de que a garantia do duplo grau de jurisdição não pode subverter o princípio da livre apreciação da prova; por outro, a ideia de que a instância de recurso não deve ir além de um juízo sobre a razoabilidade da convicção probatória formada em 1.ª instância, face aos elementos disponíveis nos autos. Sintetizando essa orientação, afirmou-se que aqui se trataria, conforme formulação colhida em TEIXEIRA DE SOUSA, de «através das regras da ciência, da lógica e da experiência, (...) controlar a razoabilidade daquela convicção [formada em 1.ª instância] sobre o julgamento do facto como provado ou não provado» (Estudos sobre o Novo Processo Civil, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 348).

12. Acolhendo o sentido global da extensa jurisprudência cível produzida sobre a matéria em apreço, também neste Tribunal se sedimentou o entendimento de que «[o]s poderes de alteração da decisão da 1.ª instância sobre a matéria de facto só devem usar-se em situações excepcionais e devem restringir-se aos casos de flagrante desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e aquela decisão, nos concretos pontos questionados» (assim se expressa o Acórdão n.º 18/2008, de 16/12, do Plenário desta 1.ª Secção - acessível em www.tcontas.pt). E, na ponderação dos dois mencionados núcleos normativos (da LOPTC e do CPC) aplicáveis aos recursos de decisões de recusa de visto proferidas em fiscalização prévia, tem sido afirmado, em diversos arestos, o seguinte: «(...) os poderes conferidos pelos preceitos transcritos, sendo mais vastos do que aqueles que ocorrem, em regra, em sede de processo civil, permitem que o Tribunal de Contas aborde, em recurso, questões com uma conexão fáctica e/ou de direito direta com o [ato ou] contrato que foi presente ao Tribunal, mesmo quando essas questões não tenham sido abordadas na decisão recorrida» (neste sentido, com esse ou similar enunciado, cfr., entre outros, e para além do já citado, os Acórdãos do Plenário da 1.ª Secção sob os n.os 11/2008, de 18/7, 8/2011, de 12/4, 10/2014, de 24/6, e 2/2015, de 13/17). Essa orientação significa, na prática, que tais poderes «(...) têm, em regra, de se restringir ao pedido de concessão do visto ao [ato ou] contrato e à sua causa

de pedir (factos integradores dos fundamentos pelos quais se pede a concessão do visto) talqualmente estes são presentes em sede de 1.ª instância» (assim, Acórdão n.º 11/2008 citado) e que «essa [alteração ou] ampliação não pode comportar um conteúdo tão amplo que envolva uma nova reapreciação das questões em discussão, nomeadamente que não seja indispensável ou relevante, e que, sobretudo, permita concluir que se está, ainda, dentro do mesmo objeto do recurso em apreciação» (assim, Acórdãos n.os 10/2014 e 2/2015 citados). Em suma, e como se afirma genericamente nesses arestos, é de sustentar que «(...) as matérias ou questões [novas] devem revelar-se indispensáveis à decisão do recurso ou relevantes para a concessão ou recusa do visto».

- 17** Para que possa o tribunal apreciar um pedido de alteração da matéria de facto, porém, importa que o recorrente cumpra o ónus que sobre si é imposto pelos n.ºs 1 e 2 do art. 640.º do CPC (mais uma vez por remissão do art. 80.º da LOPTC), na parte que para o caso releva, com o seguinte teor:

“1 - Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;*
 - b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida;*
 - c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.*
- (...)”.*

- 18** Sobre tal ónus a cargo do recorrente, decidiu este tribunal no *supra* citado acórdão n.º 3/2018, de 20 de março, o seguinte:

“constitui opinião dominantemente aceite ser necessária uma indicação especificada dos pontos de facto a alterar, em que sentido e com que particular fundamento, com referência a concretos meios probatórios, devendo estabelecer-se uma correlação entre cada um desses factos e os respetivos elementos probatórios relevantes (cfr. LEBRE DE FREITAS et alii, Código de Processo Civil Anotado, vol. 3.º, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 61-64, em anotação ao artigo 685.º-B do anterior CPC, com correspondência, sem diferenças significativas nessa parte, no artigo 640.º do atual CPC). Por sua vez, o incumprimento dos ónus impostos pelo artigo 640.º do CPC tem como inelutável consequência a rejeição do recurso, no segmento respeitante à impugnação da matéria de facto, ao abrigo do proémio do n.º 1 desse artigo 640.º, e sem possibilidade de despacho de aperfeiçoamento (neste sentido, em anotações ao artigo 685.º-B do anterior CPC, LEBRE DE FREITAS

et alii, ob. cit., pp. 61-62, embora criticamente de iure condendo, e ABRANTES GERALDES, Recursos em Processo Civil – Novo Regime, Almedina, Coimbra, 2007, p. 138; e, já à luz do atual artigo 640.º, igualmente ABRANTES GERALDES, Recursos no Novo Código de Processo Civil, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 127- 128) – mas sem prejuízo do prosseguimento do recurso quanto a outros fundamentos alegados pelo recorrente, já no âmbito da impugnação de direito”.

- 19** Ora, a simples análise da alegação do recorrente se conclui com facilidade não ter este dado cumprimento ao ónus vindo de mencionar. Com efeito, limita-se o recorrente a dizer nas suas conclusões que “Para além dos factos apurados pela SRMTC, deverá este Egrégio Plenário do Tribunal de Contas considerar os seguintes factos relevantes”, mas sem que mencione um único fundamento para essa sua conclusão.
- 20** Nem no articulado de interposição de recurso, nem nas alegações, o recorrente fundamenta, nem mesmo sinteticamente em que documentos ou peças processuais se escuda para pretender alterar os factos da decisão, assim incumprindo a imposição do art. 640.º, n.º 1, alínea b) do CPC.
- 21** Tanto bastaria para a improcedência do recurso na parte em que é impugnada a matéria de facto, conforme acima se deixou dito.
- 22** Lido o elenco de factos cujo aditamento se pretende, porém, constata-se que os mesmos são a reprodução de peças do concurso que se mostram juntas aos autos (alíneas a), b), e), f) e g) que se pretendem ver aditadas).
- 23** Ora, ainda que por hipótese se pudesse considerar cumprido o ónus de especificação da impugnação da matéria de facto com aquela simples indicação, sempre a pretensão do recorrente deveria ser julgada nessa parte improcedente.
- 24** Como se refere no Acórdão n.º 4/2021 – 1.ª S/PL, de 23 de fevereiro, “no âmbito dos processos de fiscalização prévia tem-se por assente que a matéria de facto abrange não só aquela que é especialmente identificada nos acórdãos do TdC mas igualmente a que resulta expressa ou implicitamente dos documentos que fazem parte integrante do respetivo processo,

nomeadamente toda a documentação atinente ao contrato e ao respetivo procedimento pré-contratual.”

- 25** Mais tendo tal acórdão, citando o decidido no Acórdão n.º 22/2020 – 1.ª S/PL, de 22 de abril, reafirmado que *“é dispensável uma [tal] transcrição expressa (integral ou não) de peças do procedimento, designadamente do anúncio do concurso e do programa do procedimento. Dito de outro modo: todos os elementos documentais que constituam parte integrante do procedimento pré-contratual e que constem do processo são necessariamente parte integrante dele e são plenamente invocáveis pelos intervenientes processuais enquanto suporte da sua argumentação jurídica, independentemente da sua inscrição (ou não) na factualidade provada. É certo que a própria instância a quo entendeu transcrever um conjunto extenso de trechos do contrato, do anúncio ou do procedimento, certamente como expressão de uma certa técnica enunciativa da matéria de facto – mas sem que uma tal opção pudesse ter a virtualidade de excluir a possibilidade de os intervenientes processuais utilizarem qualquer componente não transcrita ou não expressamente mencionada dos elementos documentais do procedimento para sobre eles discorrer argumentativamente nas peças de sua autoria. Questão diversa será saber qual a relevância dos concretos segmentos invocados e não expressamente enunciados desses elementos documentais – sendo certo, porém, que tais segmentos merecerão a necessária ponderação no quadro da avaliação jurídica da argumentação que neles se sustente, sem qualquer restrição ou limitação decorrente dessa sua omissão na descrição da matéria de facto”*.
- 26** No presente caso, o que o recorrente pretende ver aditado ao elenco dos factos provados, constante dos pontos a), b), e), f) e g) não integra matéria de facto nova, mas sim a reprodução de peças e documentos já anteriormente juntos aos autos.
- 27** Quanto ao que a recorrente pretende ver aditado nas alíneas c) e d), não se trata de factos, mas sim de conclusões que retira da análise dos mesmos elementos de que a decisão recorrida lançou mão na análise que fez do caso.
- 28** A recorrente, confrontada com a argumentação da decisão recorrida, recorre à mesma fonte – as análises económico-financeiras elaboradas anualmente pelo *Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.* (IMPIC, I.P.) – e escarpeliza-as, impugnando as conclusões retiradas na decisão recorrida e apresentando as suas.

- 29 Tal discordância é totalmente legítima e deverá ser objeto de análise no presente acórdão, mas não constitui facticidade que deva ser levada ao elenco de factos provados.
- 30 Assim, ainda que fosse atendível a impugnação da matéria de facto por parte do recorrente, sempre a mesma teria de ser julgada improcedente, mantendo-se intocado o elenco factual fixado na decisão *a quo*.
- 31 Perante a inalterabilidade dos factos apurados em 1.^a instância, importa apenas sindicar a decisão recorrida quanto à matéria de direito.

III.2

- 32 Face às alegações e conclusões do recorrente, são as seguintes as questões a analisar:
- 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?*

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 princiológico, 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 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 empresa¹¹; 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 transacionáveis¹².
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 dívida¹³. 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;*

¹¹ Sobre este *ratio*, ver, Pestana de Vasconcelos, *Dos contratos de garantia financeira (factoring)*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 74.

¹² Para as distinções, ver Bob Vause, *Guia para a análise de empresas*, Caminho/Economist books, Lisboa, 2001, pp. 219, ss..

¹³ Cfr. P. Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 18, ss..

- 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)”.*
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%.¹⁴ 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 disposição¹⁵; a exigência de a empresa ter uma liquidez de 4 significa que 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

¹⁴ Cfr. www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/EconFinConstrucao_2018.pdf, p.23.

¹⁵ Ver, com diferentes cenários, Bob Vause, *Guia para a análise de empresas*, cit., pp. 221, ss..

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 caráter 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)¹⁶, 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 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 cônjuges¹⁷.
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?

¹⁶ Sobre ela, ver Pestana de Vasconcelos, *Direito bancário*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 223, ss..

¹⁷ Sobre ela, e sua justificação, ver Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 120, ss..

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 preenham 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.”
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 conluios 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. Conluios 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 conduzisse 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 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].

IV. DECISÃO

- **Em face do exposto, decide-se julgar totalmente improcedente o presente recurso;**
- Emolumentos legais, ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).
- Registe e notifique.

Lisboa, 17 de janeiro de 2023.

Os Juízes Conselheiros,

Miguel Pestana de Vasconcelos – Relator

Participou por videoconferência e assina digitalmente o acórdão.

(Sofia Mesquita David)

Participou na sessão na sala de sessões do tribunal e votou favoravelmente o acórdão.

(Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho)

Participou na sessão na sala de sessões do tribunal e votou favoravelmente o acórdão.