

Acórdão 13/2023 – 09.mai – 1ªS/PL

Recurso Ordinário n.º 2/2023

Processo: 119/2022

Relator: Conselheiro Alziro Antunes Cardoso

DESCRITORES

ALTERAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO / CONTRATO DE EMPREITADA / FACTO CONCLUSIVO / NULIDADE / PRAZO DE EXECUÇÃO / PRAZO FIXO / PRAZO MÁXIMO / PRAZO PERENTÓRIO / CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / CONCESSÃO DE VISTO

SUMÁRIO

Pedido de alteração da matéria de facto

1. A alteração da matéria de facto dada como provada, pretendida pela recorrente através do aditamento de uma alínea onde se reproduza a cláusula 9.º, n.º 3, alínea d) do Caderno de Encargos, é simples e está claramente identificada e com referência a um concreto meio probatório.
2. Atenta a relevância da cláusula para a decisão a proferir, deve ser aditada à matéria de facto, de forma a poder formar-se um quadro global da factualidade a ponderar.
3. O facto constante do ponto 3) do acervo factual da decisão recorrida – “...*O prazo de execução dos trabalhos não foi fixado como um prazo máximo...*” – deve ser eliminado do elenco de factos provados por ser manifestamente conclusivo.

Natureza (máxima ou perentória) do prazo de execução da empreitada previsto nas peças concursais

4. O prazo de 300 dias previsto nas peças concursais para a execução da empreitada é um prazo máximo, que os concorrentes não podem exceder, mas abaixo do qual podem prever executar a obra, legitimando a apresentação pelos concorrentes de prazos diferentes, desde que menores, nas suas propostas, sem que tal leve à exclusão das mesmas.
5. Sendo a componente principal do contrato em apreço a empreitada de construção e instalação das baterias e reportando-se o prazo de 300 dias a tal componente, mal se compreenderia que, face à natureza e especificidades de um contrato como o de empreitada, a entidade adjudicante tivesse querido estabelecer um prazo fixo e imutável, não admitindo que os proponentes pudessem concluir a obra em menos tempo.
6. Sendo o prazo de execução um prazo máximo e não fixo e tendo as propostas respeitado tal limite, não violaram qualquer aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, pelo que não se enquadram na hipótese do artigo 70.º, n.º 2, alínea b) do CCP, não havendo motivos para a sua exclusão.
7. Não havendo qualquer motivo de exclusão da proposta objeto de adjudicação e, conseqüentemente, inexistindo invalidade do contrato celebrado, não subsistem os motivos que levaram à recusa do visto, devendo este ser concedido.
8. Do mesmo modo, não subsistem também os fundamentos que levaram à decisão de abertura de procedimento para apuramento de responsabilidade financeira, na medida em que não se descortina qualquer ilegalidade que tenha sido praticada.

1.ª Secção – PL

Data: 09/05/2023

Recurso Ordinário: 2/2023-RO-

SRM – 1ª Secção

Processo: 119/2022

RELATOR: Conselheiro Alziro Antunes
Cardoso

TRANSITOU EM JULGADO EM 25/05/2023

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

I. RELATÓRIO

- 1 A EEM – *Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A.* (EEM) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, da Decisão n.º 16/2023 – FP/SRMTC, de 17 de fevereiro, que recusou o visto, ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26/08¹, doravante LOPTC), ao «contrato para a instalação e integração de sistema de armazenamento de energia com baterias no sistema elétrico da ilha do Porto Santo», celebrado em 16/11/2022, com a empresa *Hitachi Energy Portugal, S.A.*, pelo valor de 12.906.315,35€, acrescido de IVA.».
- 2 A EEM apresentou as alegações constantes dos autos, que aqui se dão reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:
 - A- A matéria de facto dada como assente pela Decisão recorrida omite factos que resultam dos elementos juntos aos autos e que são da máxima importância para que se extraia, com total clareza, o sentido das regras estatuídas nas peças do procedimento, sendo, por isso, evidente a necessidade de ampliação da mesma, o que se requer, ao abrigo do disposto, designadamente, no artigo 100.º, n.º 2, da LOPTC;
 - B- A Decisão recorrida não se mostra acertada na apreciação dos factos e aplicação do Direito ao ter qualificado o prazo de execução dos trabalhos de 300 dias como prazo certo e fixo: o equívoco subjacente à Decisão recorrida terá assentado, por um lado, na desconsideração

¹ Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, 42/2016, de 28/12, 2/2020 e 27-A/2020.

do disposto na cláusula 9.ª, n.º 3, alínea d), do Caderno de Encargos, que, no plano do elemento sistemático da interpretação, impede a leitura feita do prazo dos 300 dias como prazo fixo; e, por outro, tratando-se de um contrato com uma componente muito relevante de empreitada, é lógico que nunca o prazo de execução poderia ser estabelecido como prazo com data fixa, antes devendo considerar-se um prazo máximo ou prazo limite para a execução da empreitada;

- C- Em primeiro lugar, essa natureza de prazo máximo resulta, desde logo, literalmente, do próprio Caderno de Encargos: apesar de, num primeiro passo, se referir que "*[o] prazo de execução dos trabalhos é de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação*", certo é que a referida expressão é acompanhada de uma outra em que se elucida que o adjudicatário obriga-se a "*[c]oncluir a execução dos trabalhos e solicitar a realização de vistorias dos trabalhos para efeitos da sua receção provisória no prazo máximo de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação*";
- D- Assim, no plano hermenêutico-sistemático, insiste-se, releva sobremaneira o contexto normativo, na medida em que é evidentemente necessário articular a norma jurídico-administrativa constante da cláusula 9.º, n.º 2, do Caderno de Encargos, com a disposição contida no n.º 3, alínea d), da mesma cláusula;
- E- Depois, tendo presente a natureza do contrato fiscalizado, aquilo que a entidade adjudicante pretende ao fixar o prazo de execução como aspeto não submetido à concorrência é assegurar que obtém o resultado pretendido — a obra dentro de determinado prazo máximo, cuja explicitação corresponde ao limite temporal superior do interesse público que pretende satisfazer com a execução do contrato em formação;
- F- Não se trata, pois, de encontrar, no mercado, um concorrente que execute a obra, neste caso, em exatamente 300 dias — não se conseguindo encontrar fundamento bastante em que possa estribar-se esta última hipótese colocada: seria absolutamente insólito que a Administração, por esta razão, recusasse a antecipação na satisfação do seu interesse com a celebração do contrato;
- G- A jurisprudência do STA concluiu já no sentido de que o prazo de execução dos trabalhos, em prestações de empreitada, só pode assumir-se como um prazo máximo, constatando, por um lado, que "*não se vê como dezenas de empresas com dimensões e estruturas organizacionais distintas [...] poderiam apresentar um processo de execução da empreitada que coubesse exatamente nos [naquele caso] 420 dias*", e, por outro, que, numa obra, "*a redução do prazo implica normalmente um acréscimo de custos e não uma diminuição (não se apresentando como uma vantagem relativa que pudesse beneficiar o concorrente [...])*";

- H- Não restam, assim, dúvidas de que, quer atendendo ao elemento literal das regras contidas nos documentos conformadores do presente procedimento, quer à natureza do Contrato fiscalizado, o prazo de execução dos trabalhos definido pela *EEM* correspondia a um prazo máximo;
- I- Deste modo, tendo a proposta adjudicada respeitado os limites vertidos no caderno de encargos, a Decisão recorrida incorreu em erro de julgamento ao considerar que aquela deveria ter sido objeto de exclusão, violando o disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP, e, bem assim, o artigo 283.º, n.º 2, do mesmo diploma legal, e ainda o artigo 44.º, n.º 3, alínea c) da LOPTC;
- J- A adjudicação da proposta apresentada pela *Hitachi* não equivaleu, de modo algum, à adjudicação de uma proposta variante, mas sim à adjudicação de uma proposta *tout court* e plenamente conforme com as peças do procedimento;
- K- A Doutrina e Jurisprudência invocadas na Decisão recorrida confirmam a regularidade da adjudicação, na medida em que:
- (i) Não está em causa a adjudicação de uma proposta que contenha aspetos divergentes dos estatuídos no caderno de encargos, tendo o clausulado pré-elaborado pela *EEM* sido integralmente aceite pelo adjudicatário;
 - (ii) Deste modo, a situação subjacente ao Contrato fiscalizado queda fora do âmbito de aplicação do artigo 70.º n.º 2, alínea b), do CCP, que determina, em abstrato, a exclusão das propostas cujos termos ou condições se não conformem com os aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos;
 - (iii) Está absolutamente claro que o prazo máximo de execução dos trabalhos corresponde a um aspeto não submetido à concorrência pelo caderno de encargos e que, nessa medida, foi tido em consideração apenas para efeitos de análise de propostas, sem quaisquer consequências na ordenação das mesmas em sede de avaliação, i.e., ao nível da aplicação do critério de adjudicação;
 - (iv) Para efeitos do exercício de análise das propostas, a *EEM* só poderia exigir o cumprimento, pelos concorrentes, entre outros aspetos, do prazo máximo de execução dos trabalhos, devendo admitir todas as declarações negociais que propusessem um prazo igual ou inferior a 300 dias;
 - (v) Atendendo ao conteúdo do caderno de encargos, em particular à sua cláusula 9.ª, e pautando a atividade de interpretar as peças do procedimento pelo respeito pela transparência e pela boa-fé, não poderia ser exigível o cumprimento, pelos

- concorrentes, de um prazo fixo de 300 dias para a execução dos trabalhos, porquanto isso não resulta, literalmente, daquele projeto de contrato, nem um agente medianamente preparado e diligente o conseguiria de ali extrair;
- (vi) Os dois concorrentes que apresentaram proposta no âmbito do concurso em apreço entenderam exatamente da mesma forma (correta) o estatuído na cláusula 9.^a do caderno de encargos, tendo ambos proposto prazos de execução dos trabalhos inferiores ao prazo máximo (embora muito próximos destes), conformando-se com este limite — o concorrente *HITACHI ENERGY PORTUGAL, S.A.* propôs o prazo de 298 dias e o agrupamento concorrente *SIEMENS, S.A. / FLUENCE ENERGY GMBH* propôs o prazo de 299 dias;
- (vii) A interpretação das declarações negociais — neste caso, corporizada, entre outros elementos, pelo caderno de encargos — deve efetuar-se segundo as circunstâncias do caso e, especialmente, os "*usos da prática em matéria terminológica ou de outra natureza que possa interessar*";
- (viii) A esta luz, absolutamente nenhum operador que algum dia tenha executado uma empreitada interpretaria o prazo de execução dos presentes trabalhos como prazo certo ou fixo;
- (ix) Não tendo a *EEM* levado ao critério de adjudicação o prazo de execução dos trabalhos, mas fixando, no caderno de encargos, o seu máximo em 300 dias, definiu esse aspeto como condição de aceitabilidade das propostas, o que significa que deveriam necessariamente ser excluídas todas as propostas que apresentassem um prazo de execução dos trabalhos superior a 300 dias;
- (x) Preenchiam aquela condição de aceitabilidade todas as propostas que apresentassem um prazo de execução dos trabalhos igual ou inferior a 300 dias, estando a *EEM* vinculada a admiti-tas (obviamente desde que verificadas as demais condições de adjudicabilidade) — o que, naturalmente, fez;
- (xi) Não seria sequer necessário mobilizar, neste caso, os argumentos equacionados na Decisão recorrida para obstaculizar os efeitos do disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP — a subscrição, pelo concorrente, de uma declaração de aceitação do caderno de encargos e a regra de prevalência patente no artigo 96.º, n.º 5, do CCP;
- (xii) Estando os termos ou condições da proposta adjudicada conformes aos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, em particular no que diz respeito ao prazo máximo de execução dos

trabalhos, por um lado, torna-se inútil a convocação da regra de prevalência do caderno de encargos sobre a proposta e, por outro, a subscrição, pelo concorrente, da declaração de aceitação do caderno de encargos apenas reforça, a título geral, a declaração especial de que o adjudicatário executará os trabalhos no prazo de 298 dias, em estrito cumprimento do limite máximo estatuído nas peças do procedimento;

(xiii) Admitindo, sem conceder, que o que a *EEM* definiu, no presente concurso, foi um prazo certo ou fixo para a execução dos trabalhos e não um prazo máximo e que, nessa medida, haveria um termo ou condição da proposta da *Hitachi* que teria violado o aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência pelo caderno de encargos, certo é que parte da doutrina invocada na Decisão recorrida defende exatamente o oposto do decidido pelo Tribunal de Contas;

(xiv) De acordo com a posição do Prof. PEDRO COSTA GONÇALVES, num caso deste tipo, a solução não deve ser a exclusão da proposta, mas antes a de fazer operar a regra de prevalência prevista no artigo 96.º n.º 5, do CCP, segundo a qual, em caso de divergência, o caderno de encargos, prevalece sobre a proposta adjudicada;

(xv) A posição do Autor citado assenta numa lógica de desproporcionalidade de certas decisões de exclusão de propostas, i.e. a ideia de (des)necessidade e (des)adequação da exclusão de propostas que contenham patologias que, afinal, se afiguram incomunicáveis ao contrato;

(xvi) Por fim, os arestos do STA invocados na Decisão recorrida, sem prejuízo de conterem, em sede de enquadramento, a enunciação genérica das regras aplicáveis à contratação pública — que, como se viu, jamais foram violadas no caso em apreço — ,pronunciaram-se especificamente sobre casos distintos da situação *sub judice*, pelo que as conclusões ali tiradas em particular nunca lograriam extrapolar-se para o caso do contrato celebrado entre a *EEM* e a *Hitachi*.

- L- A apreciação dos factos e aplicação do Direito levadas a cabo na Decisão recorrida viola os princípios da prossecução do interesse público e da proporcionalidade quando sustenta que a sanção para uma proposta que prevê um prazo de execução dos trabalhos de uma empreitada de 298 dias quando o caderno de encargos estabelecia, como máximo, 300 dias é a da respetiva exclusão;
- M- Não subsistem, assim, dúvidas quanto ao facto de a *EEM* ter declaradamente pretendido — e pretender —, com o presente concurso, que o adjudicatário (cocontratante) construa e

- coloque em funcionamento a Central de Baterias, respeitando as específicas técnicas patentes nas peças do procedimento, nomeadamente quanto aos requisitos que a instalação deve apresentar de molde a servir adequadamente o sistema elétrico da ilha do Porto Santo;
- N- A questão que se coloca é a de saber se o interesse público subjacente à celebração do Contrato é colocado em causa se a Central de Baterias ficar concluída, não em 300, mas sim em 298 dias. Ou, doutro prisma, se estará o interesse público a ser prosseguido se a *EEM* rejeitar a declaração negocial que proponha executar os trabalhos referentes à Central de Baterias em 298 dias. É por demais evidente que a resposta a ambas as interrogações só pode ser convictamente negativa!
- O- A ideia de excluir a proposta que, na formação de um contrato com prestações de empreitada, apresente um prazo de execução dos trabalhos dois dias inferior ao prazo máximo fixado nas peças do procedimento é, também, absolutamente desproporcionada;
- P- Primeiro, inexistente qualquer bem ou interesse público que uma tal decisão vise proteger (como se viu, nunca se retiraria daquela situação um benefício, ainda que potencial, para o adjudicatário que colocasse em causa o valor da concorrência); depois, é inequivocamente a medida mais onerosa, quer para a Administração, quer para o particular que com ela se dispôs contratar; e, por último, não se retira dela quaisquer benefícios que possam, ainda que marginalmente, ser comparados com os custos daí advenientes;
- Q- O desrespeito àquele princípio é tanto mais evidente quando se sabe que a única proposta apresentada (além da do adjudicatário) também não respeitaria esse suposto parâmetro fixo o prazo de execução dos trabalhos de 300 dias (o agrupamento concorrente *SIEMENS, S.A. / FLUENCE ENERGY GMBH* propôs o prazo de 299 dias), pelo que a consequência seria inevitavelmente a de anular o concurso e lançar outro — com as consequências desnecessárias e desequilibradas daí advenientes, designadamente, a nível do cumprimento de metas temporais, tendo em conta que se trata de um projeto integrado no Plano de Recuperação e Resiliência;
- R- O respeito pelo princípio da proporcionalidade (e, naturalmente, da prossecução do interesse público) não significa sacrificar outros valores de semelhante importância, designadamente o da legalidade, princípio que evidentemente vincula, também, a *EEM* e o Tribunal de Contas;
- S- No entanto, trata-se de um caso paradigmático em que o princípio da proporcionalidade pode e deve ser mobilizado para moldar a "*aplicação estrita de uma regra vinculativa*", neste caso, a regra que determina a exclusão de proposta cujos termos ou condições violam

- aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos (o artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP);
- T- A adjudicação da proposta da *Hitachi* não representou a adoção de uma medida prejudicial para o (único) outro concorrente, uma vez que, de acordo com a visão restritiva adotada na Decisão recorrida, também a proposta da *Siemens* deveria ser excluída com base no mesmo fundamento;
 - U- Em qualquer caso, em face do disposto no artigo 283.º do CCP expressamente invocado pela Decisão recorrida, a proporcionalidade e a boa-fé sempre determinariam o dever de afastar o efeito anulatório do contrato (n.º 4);
 - V- A linha argumentativa seguida por este Tribunal não se conforma com a CRP, designadamente com os princípios da proporcionalidade e da prossecução do interesse público, não podendo, também por isso, manter-se na ordem jurídica;
 - W- A Decisão do *TdC* não se mostra isenta de reparo, também, na qualificação que faz do suposto ilícito financeiro e das consequências daí advenientes: (i) por um lado, em face do exposto, falha, desde logo, o pressuposto básico da qualificação como infração financeira, na medida em que inexistente "violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública" (como prescreve o artigo 65.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC); (ii) por outro lado, a existir a dita violação (o que, mais uma vez, não se concede), a Decisão recorrida não procedeu, salvo o devido respeito, a uma ponderação proporcional da aplicação da referida norma;
 - X- Perante uma regra que claramente atribui ao Tribunal de Contas a faculdade ("pode") de aplicar multas, mas não um dever, dita a decisão proporcionalmente ponderada que tal sanção seja afastada no caso em apreço, porquanto estaria em causa a aplicação de uma sanção pela violação de uma regra relativa à contratação pública fundada na circunstância de a proposta adjudicada violar (alegadoamente) o prazo de execução dos trabalhos previsto no caderno de encargos por dois dias, quando absolutamente todos os destinatários da regra a entenderam de forma distinta daquele que conduziria à aplicação da sanção por parte do Tribunal de Contas;
 - Y- A Decisão recorrida, ao pretender aplicar o regime da responsabilidade financeira sancionatória no caso em apreço, incorre em novo erro de julgamento, contendendo com o disposto no artigo 65.º da LOPTC quando aplicado à luz dos parâmetros de juridicidade emanados da Lei Fundamental;
 - Z- De todo o modo, admitindo, sem conceder, que a regra constante do artigo 65.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC, lograria aplicar-se a este caso, decerto que a aferição dos pressupostos dos

quais depende a relevação da responsabilidade por infração financeira teriam de ser ponderados no âmbito do respetivo processo de apuramento: sob pena de se comprometer, além do mais, o elementar princípio do contraditório.

- 3 Admitido o recurso, foram os autos com vista ao Ministério Público que, ao abrigo do disposto no artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC, emitiu parecer no sentido de ser dado provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida e concedendo-se o visto ao contrato submetido a fiscalização prévia.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 4 A instância *a quo* considerou provados os seguintes factos:
- 1) A abertura do procedimento destinado à contratação em apreço ocorreu por avisos publicados no Diário da República, II Série, n.º 4, de 6 de janeiro de 2022, e no Jornal Oficial da União Europeia, S 5, de 7 de janeiro, na sequência da deliberação tomada pelo Conselho de Administração da EEM, S.A., de 16 de dezembro de 2021, tendo as peças daquele procedimento sido aprovadas também por deliberação do Conselho de Administração datada de 30 de dezembro de 2021.
 - 2) De acordo com o ponto 2 da cláusula 9.ª do caderno de encargos e com o ponto 3 do artigo 1.º do programa do procedimento o prazo de execução dos trabalhos é de 300 dias de calendário.
 - 3) **(eliminado, conforme decisão infra sobre a impugnação da matéria de facto)**

E que tinha o seguinte teor:

“(Ao contrário do alegado pela Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A.) o prazo de execução dos trabalhos não foi fixado como prazo máximo (resulta das peças do procedimento que o mesmo foi fixado como um prazo único e perentório).”

- 3.1) **(aditado, conforme decisão infra sobre a impugnação da matéria de facto).**

Dispunha a cláusula 9.ª, n.º 3, alínea d) do Caderno de Encargos:

“3. O Adjudicatário obriga-se a:

(...)

d) Concluir a execução dos trabalhos e solicitar a realização de vistoria dos trabalhos para efeitos da sua receção provisória no prazo máximo de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação.”.

- 4) Em 28 de março de 2022, foi elaborado o relatório preliminar da fase de qualificação tendo, nessa sede, o júri procedido à exclusão de um dos quatro candidatos, decisão que manteve no seu relatório final daquela fase de qualificação.
- 5) Feito o convite, apresentaram proposta dois concorrentes, sendo que em ambos os casos o valor das propostas apresentadas se mostrava superior ao preço base que tinha sido fixado nos 11 000 000,00€. A saber:
- A Hitachi Energy Portugal, S.A., apresentou uma proposta no montante de 12 848 592,04€, logo, superior ao preço base em 16,8%;
 - O agrupamento Siemens, S.A./Fluence Energy GmbH apresentou uma proposta de preço que ascendia a 13 176 000,00€, superando esta o preço base em 19,8%.
- 6) O artigo 21.º do programa do procedimento definiu assim o critério de adjudicação:

“1. O critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade multifator, de acordo com os seguintes fatores e respetivos coeficientes de ponderação:

a) Preço 50%

b) Valia e Qualidade Técnica da Proposta 40%

c) Capacidade adicional da bateria 10%

2. A cada proposta será atribuída uma pontuação global, expressa numericamente, correspondente ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada fator ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação, de acordo com a aplicação da seguinte fórmula:

$$PF = 0,50 PPR + 0,40 PVQT + 0,10 PCAB$$

Em que:

PF é a pontuação final;

PPR é a pontuação do Preço;

PVQT é a pontuação da Valia e Qualidade Técnica da Proposta;

PCAB é a pontuação da capacidade adicional da bateria;

3. O fator PPR (preço) será classificado, para cada concorrente, de acordo com as seguintes expressões:

Para uma relação compreendida no intervalo [igual ou inferior a 1 e superior a 0,8]

$$PPR = - 200 \times PP/PB + 250$$

Para uma relação compreendida no intervalo [igual ou inferior a 0,8 e superior a 0,6]

$$PPR = - 50 \times PP/PB + 130$$

em que:

PP – Preço da proposta em €;

PB – Preço base em €.

O preço da proposta PP é composto por duas componentes (P1+P2), nomeadamente: Instalação e integração de sistema de armazenamento de energia, com baterias, no sistema elétrico do Porto Santo-CB2

P1: Preço referente à “Instalação e Integração de um Sistema de Armazenamento com Baterias no Sistema Elétrico da ilha do Porto Santo-CB2”

P2: Preço referente à manutenção de segundo nível, por um período de 10 anos, nos termos definidos no Caderno de Encargos. P2 será obtido calculando o Valor Atual Líquido (VAL) dos custos de manutenção de cada ano, considerando uma taxa de atualização anual de 2%.

4. O fator PVQT será classificado, para cada concorrente, de acordo com o definido no Anexo VIII deste procedimento.

5. O fator PCAB será calculado do seguinte modo:

$PCAB = 100 \times (CBP - 12) / 8$, em que:

CBP = Capacidade nominal da bateria da proposta (BOL), assumindo valores iguais ou superiores a 12 MWh, com um máximo de 20 MWh;

6. *Em caso de empate entre uma ou mais propostas, as mesmas serão ordenadas em função da pontuação atribuída no fator preço.*

7. *Nos cálculos de cada fator e da pontuação final considera-se o arredondamento com duas casas decimais.”*

7) Feita a aplicação do critério de adjudicação, o júri decidiu excluir ambas as propostas apresentadas com fundamento na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, deixando, no entanto, ao Conselho de Administração a decisão de recorrer ao mecanismo previsto no n.º 6 do artigo 70.º do CCP, possibilidade que tinha sido expressamente prevista na alínea g) do n.º 2 do artigo 22.º do programa de procedimento, e para tal, propunha a adjudicação à proposta ordenada em primeiro lugar, no caso, a apresentada pela empresa Hitachi Energy Portugal, S.A..

8) Assim, na sua reunião de 20 de outubro de 2022, o Conselho de Administração deliberou o seguinte:

“Depois de devidamente analisado e discutido o Relatório Final da Fase de Avaliação das Propostas, no âmbito do Concurso Limitado por Prévia Qualificação relativo à Instalação e Integração de Sistema de Armazenamento de Energia, com Baterias, no Sistema Elétrico da Ilha do Porto Santo (CB2) (procedimento n.º 01-2022-DEP), o Conselho de Administração deliberou, de acordo com o Parecer do Júri, excluir as propostas dos concorrentes Hitachi Energy Portugal, S.A.A e da Siemens, S.A. - Fluence Energy GmbH, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º, ambos do CCP, na medida em que o preço contratual de ambas as propostas foi superior ao preço base.

Sucedee, porém, que a Instalação e Integração de Sistema de Armazenamento de Energia em causa, que pretende introduzir uma potência líquida mínima de injeção na rede de 6 MW, ao nível dos 30 KV, e uma capacidade de armazenamento mínima de 12 MWH ao fim de 10 anos, considerando diariamente a realização de um ciclo de carga/descarga completo, é indispensável para

alcançar as metas de eletricidade renovável que, no Plano de Ação para a Energia Sustentável do Porto Santo, aprovado pela Resolução do Conselho de Governo da RAM, reunido em plenário, no dia 29 de março de 2012, apontando para uma meta de 50% em 2020, sendo que, em 2021, essa contribuição foi de apenas 13,3%.

Por outro lado, este projeto faz parte do plano aprovado no âmbito do PRR-Plano de Recuperação e Resiliência, sendo que a sua não concretização pode colocar em risco a totalidade do plano PRR aprovado para a EEM que, no conjunto, ascende a 69 milhões de euros.

Mais se refira que este projeto de armazenamento vai criar condições para aumentar a capacidade de integrar um maior volume de energia elétrica proveniente de fontes renováveis, armazenando a eletricidade renovável quando houver excesso, face ao consumo e devolvendo à rede a energia armazenada quando o consumo for maior.

Por outro lado, permitirá suavizar a variação brusca das fontes renováveis intermitentes, dotando o sistema elétrico de maior segurança e capacidade de resposta, além de contribuir para a descarbonização crescente da Ilha, uma vez que vai proporcionar a redução da utilização de combustíveis fósseis

Em conformidade, atento o manifesto interesse público desta intervenção e atendendo a que o preço da proposta apresentada pela Hitachi Energy Portugal, S.A. não excede em mais de 20% o preço base; que a mesma foi ordenada em primeiro lugar, de acordo com o critério de adjudicação adotado e, ainda, que se encontram reunidos os demais requisitos a que alude o n.º 6 do artigo 70.º do CCP, o Conselho de Administração delibera adjudicar esta proposta, pelo valor de 12.848.592,04€ (doze milhões, oitocentos e quarenta e oito mil, quinhentos e noventa e dois euros e quatro cêntimos).”

- 9) Em sede de verificação preliminar a EEM, S.A., foi instada, a 12 de janeiro passado, através do nosso ofício n.º 93, para que, entre outros aspetos, e tendo presente o ponto 2 da cláusula 9.ª do caderno de encargos e o ponto 3 do artigo 1.º do programa de procedimento que fixavam em 300 dias o prazo de execução dos trabalhos, dilucidasse com se apresentava admissível que o prazo de execução contratado fosse de 298 dias, quando o ponto 5 do artigo 16.º do programa do procedimento não admitia propostas variantes.
- 10) A 20 de janeiro, através do seu requerimento n.º 10/2023, a EEM, S.A., veio esclarecer no tocante à questão que lhe tinha sido colocada que “[o] prazo de execução dos trabalhos corresponde ao prazo máximo que o Dono da Obra exige ao Adjudicatário. Neste caso, o concorrente apresentou o prazo de 298 dias – inferior ao máximo estabelecido - o qual aliás, em

nada interferiu na avaliação das propostas, na medida em que constitui um aspeto não submetido à concorrência”.

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

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

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 6 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* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC), normas supletivamente aplicáveis ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC.
- 7 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.
- 8 Do teor das conclusões das alegações de recurso extraem-se as seguintes questões essenciais a dirimir:
 - 8.1. Modificabilidade da decisão de facto (no sentido de ser aditado o teor da cláusula 9.ª, n.º 3, alínea d) do Caderno de Encargos);
 - 8.2. Natureza (máxima ou perentória) do prazo de execução da empreitada previsto nas peças concursais e conseqüente validade ou invalidade da admissão da proposta objeto de adjudicação;
 - 8.3. Caso se conclua pela invalidade da admissão da proposta, saber se tal conclusão viola os princípios da proporcionalidade e prossecução do interesse público.

III.1 PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 9 Pretende o recorrente a alteração da matéria de facto dada como provada, através do aditamento de uma alínea onde se reproduza a cláusula 9.^a, n.º 3, alínea d) do Caderno de Encargos, com o seguinte teor:

“3. O Adjudicatário obriga-se a:

(...)

d) Concluir a execução dos trabalhos e solicitar a realização de vistoria dos trabalhos para efeitos da sua receção provisória no prazo máximo de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação.”

- 10 Embora não o pedindo expressamente, a sua alegação leva implícito também o pedido de eliminação do atual ponto 3 da matéria de facto provada, que tem a seguinte redação:

“3) (Ao contrário do alegado pela Empresa Eletricidade da Madeira, S.A.) o prazo de execução dos trabalhos não foi fixado como um prazo máximo (resulta das peças do procedimento que o mesmo foi fixado como prazo único e perentório)”.

- 11 Com efeito, em caso de procedência da alteração factual pretendida pela recorrente, aquela alínea não se poderá manter no elenco dos factos provados, sob pena de contradição entre factos.

- 12 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.º 99.º».*

- 13 De tais normas se extrai que pode o tribunal obter officiosamente 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.

- 14 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.
- 15 A conjugação das normas próprias da LOPTC e do CPC tem sido alvo de entendimento jurisprudencial unânime neste tribunal – vejam-se 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 excecionais 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 excecionais 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».

- 16 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.º 640.º do CPC (mais uma vez por remissão do art.º 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.

(...)”.

- 17 Sobre tal ónus a cargo do recorrente, decidiu este tribunal no supracitado 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 (cf. 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”.

- 18 Revertendo quanto dito para o caso concreto, a alteração pretendida pela Recorrente é simples e está claramente identificada e com referência a um concreto meio probatório – pretende apenas que do elenco de factos provados passe a constar o teor de uma cláusula do Caderno de Encargos, documento esse junto aos autos desde o seu início.
- 19 É certo que, 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.
- 20 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 constituinte 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”.

- 21 Ou seja, ainda que se não incluísse no elenco dos factos provados a cláusula do Caderno de Encargos que a recorrente pretende ali ver aposta, tal não obstará a que o tribunal ponderasse aquela na análise que terá de fazer da alegação da Recorrente quanto à natureza do prazo de execução da empreitada, pois que se trata de um elemento documental constante do procedimento pré-contratual.
- 22 De todo o modo, atenta a relevância da cláusula em apreço para a decisão a proferir e tendo em consideração que no ponto 2) da matéria de facto provada se faz já menção a outras cláusulas do procedimento pré-contratual, entendemos dever ser deferida a pretensão da recorrente, de forma a poder formar-se um quadro global da factualidade a ponderar na decisão a proferir.
- 23 Assim, determina-se o aditamento à matéria de facto provada de um ponto 3.1) com o seguinte teor (já incluído no elenco acima constante):
- 3.1) Dispunha a cláusula 9.^a, n.º 3, alínea d) do Caderno de Encargos:
- “3. O Adjudicatário obriga-se a:
- (...)
- d) Concluir a execução dos trabalhos e solicitar a realização de vistoria dos trabalhos para efeitos da sua receção provisória no prazo máximo de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação.”
- 24 Questão conexa com esta é a da eliminação do atual ponto 3) da matéria de facto considerada provada pela decisão recorrida que, a manter-se, poderia entrar em contradição com a alínea agora aditada.
- 25 A alínea em causa tem o seguinte teor:
- “3) (Ao contrário do alegado pela Empresa Eletricidade da Madeira, S.A.) o prazo de execução dos trabalhos não foi fixado como um prazo máximo (resulta das peças do procedimento que o mesmo foi fixado como prazo único e perentório).”.
- 26 Na seleção e resposta à matéria de facto devem constar apenas factos, sendo estes, nas palavras de Alberto dos Reis, “*quaisquer ocorrências da vida real, quaisquer eventos materiais e concretos, quaisquer mudanças operadas no mundo exterior*”, por contraposição às questões de direito, que

integram “tudo o que respeita à interpretação e aplicação da lei” (Código de Processo Civil Anotado, volume III, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 206 e 207).

- 27 Nem sempre é fácil a distinção entre questões de facto e de direito, até porque as primeiras não integram apenas “os eventos reais, as ocorrências verificadas”, antes podendo abranger também “as ocorrências virtuais (os factos hipotéticos), que são, em bom rigor, não factos, mas verdadeiros juízos de facto” (assim Antunes Varela, J. Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 408).
- 28 Tais juízos de facto não podem, porém, ser confundidos com “juízos de valor” e “juízos significativo-normativos, que integrando a esfera do direito, embora estreitamente ligados ao circunstancialismo concreto do caso, pertencem já a uma outra jurisdição” (nas palavras dos autores vindos de citar, *ob. cit.*, p. 409).
- 29 Neste último caso estamos perante valorações conclusivas que se integram no raciocínio a fazer para a decisão da causa e que não são eles mesmos factos, devendo, isso sim, partir da análise dos factos que se deem como provados ou não provados.
- 30 Quanto aos factos conclusivos e à sua inadmissibilidade, cite-se, por todos, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/03/2022 (disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de processo: 14281/21.2T8LSB.P1):
- “(...) tem decidido a jurisprudência, entendendo que são de afastar expressões de conteúdo puramente valorativo ou conclusivo, destituídas de qualquer suporte factual, que sejam suscetíveis de influenciar o sentido da solução do litígio, ou seja, que invadam o domínio de uma questão de direito essencial, cf. Acórdãos do STJ de 23/9/2009, processo n.º 238/06.7TTBGR.S1; de 9/12/2010, proc. 838/06.5TTMTS.P1.S1; de 15/12/2011, proc. 342/09.0TTMTS.P1.S1; de 11/7/2012, proc. 3360/04.0TTLSB.L1.S1; de 12/3/2014, proc. 590/12.5TTLRA.C1.S1 e de 7/5/2014, proc. 39/12.3T4AGD.C1.S1, todos disponíveis em www.dgsi.pt.
- Assim, a natureza conclusiva do facto pode ter um sentido normativo quando contém em si a resposta a uma questão de direito ou pode consistir num juízo de valor sobre a matéria de facto enquanto ocorrência da vida real. No primeiro caso, o facto conclusivo deve ser havido como não escrito. No segundo, a solução depende de um raciocínio de analogia entre o juízo ou conclusão de facto e a questão de direito, devendo ser eliminado o juízo de facto quando traduz uma resposta antecipada à questão de direito”.
- 31 Também este Tribunal de Contas já se pronunciou sobre a natureza conclusiva de matéria de facto e as suas consequências, tendo decidido no sentido da sua inadmissibilidade:

- 31.1** Acórdão n.º 01/ 2013 – 3.ª Secção, de 20/02/2013 (Processo n.º 09-JRF/2011), no qual se considerou não escrita parte da matéria de facto da decisão recorrida por conter matéria conclusiva e se decidiu que a apreciação do teor conclusivo da matéria de facto é questão de direito que pode ser conhecida em sede de recurso ainda que não tenha sido suscitada pelas partes;
- 31.2** Acórdão n.º 15/2016 – 3.ª Secção-PL, de 07/09/2016 (Proc. n.º 1/2016-RO – JRF), onde se pode ler: “*As afirmações de natureza conclusiva, quando integrarem o thema decidendum, devem ser excluídas do acervo factual a considerar*”.
- 32** À luz das considerações vindas de tecer, o facto constante do ponto 3) do acervo factual da decisão recorrida não pode manter-se por ser manifestamente conclusivo.
- 33** Desde logo, contém referências à posição assumida pela parte nos autos (“*(Ao contrário do alegado pela Empresa Eletricidade da Madeira, S.A...)*”), ou a apreciação de meios de prova (“*...(resulta das peças do procedimento que o mesmo foi fixado como prazo único e perentório)*”), matérias que devem constar no relatório ou na apreciação jurídica (a primeira) e na motivação da matéria de facto ou na apreciação jurídica (a segunda) e não no elenco de factos provados.
- 34** Na restante parte (“*...O prazo de execução dos trabalhos não foi fixado como um prazo máximo...*”), o que se faz é um juízo conclusivo sobre a questão que é o tema central para a decisão da causa (de tal forma que constitui o cerne do presente recurso).
- 35** É a partir dos factos provados – nomeadamente do teor das peças concursais que estejam transcritas nos factos ou juntas aos autos (não sendo indispensável a reprodução do seu teor nos factos, conforme acima já se deixou expresso) – que o tribunal terá de ponderar e concluir se o prazo fixado para a empreitada é um prazo fixo ou apenas um prazo máximo, daí decorrendo o resto do enquadramento jurídico da ação.
- 36** Essa questão não é uma realidade material que possa ser apreensível e transposta para os factos provados, conforme se fez na decisão recorrida, mas antes contém a resposta a uma questão jurídica, resposta esta que deve ser o resultado de uma apreciação de factos, esses sim objeto de resposta em sede de matéria de facto.
- 37** Assim, como se disse no já citado acórdão do TdC n.º 15/2016 – 3.ª Secção-PL, de 07/09/2016, o juízo conclusivo constante da alínea da matéria de facto em apreço constitui o *thema decidendum*, pelo que não pode fazer parte do elenco de factos provados.
- 38** Como se referiu, a eliminação da alínea em causa estava implícita na impugnação da matéria de feita pela Recorrente no seu articulado de interposição de recurso. Ainda que assim não fosse,

de todo o modo, sempre se trataria de questão de direito que seria lícito ao tribunal de recurso apreciar oficiosamente, conforme decidido pelo TdC no *supracitado* Acórdão n.º 01/ 2013 – 3.ª Secção, de 20/02/2013.

- 39 Em conclusão, determina-se a eliminação do ponto 3) constante do elenco de factos provados da decisão recorrida.

III.2 DA ADMISSIBILIDADE DA PROPOSTA OBJETO DE ADJUDICAÇÃO – NATUREZA (MÁXIMA OU PERENTÓRIA) DO PRAZO DE EXECUÇÃO DA EMPREITADA PREVISTO NAS PEÇAS CONCURSAIS

- 40 Estabilizada a matéria de facto sobre a qual deve incidir o enquadramento jurídico do recurso, vejamos então a questão suscitada pela recorrente e que se prende com o argumento central da decisão recorrida para a decisão de recusa de visto proferida – a violação por parte da proposta objeto de adjudicação (e da outra que também foi admitida) de um aspeto não submetido à concorrência, o que, no entender do tribunal *a quo*, deveria ter levado à sua não admissão, assim inviabilizando a adjudicação que está na base do contrato sujeito a fiscalização prévia nestes autos.
- 41 O contrato objeto do processo deve ser qualificado como misto, englobando uma empreitada (construção e instalação de baterias) e uma prestação de serviços (manutenção das baterias pelo prazo de 10 anos), integrando o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea *b*), 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC.
- 42 Atenta a data de início do procedimento de formação do contrato, é aplicável ao presente recurso o Código dos Contratos Públicos (CCP) na versão posterior àquela introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (tendo em conta o disposto nos artigos 27.º, n.º 1 e 28.º de tal diploma legal), mas anterior à versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 78/2022, de 07 de novembro (tendo em conta o disposto no art.º 9.º deste último diploma).
- 43 A questão central do presente recurso é muito simples e concisa: saber se o prazo de 300 dias para a execução da empreitada previsto nas peças concursais é um prazo fixo ao qual os concorrentes obrigatoriamente se devessem vincular ou, pelo contrário, se se tratava de um prazo máximo que os concorrentes não pudessem exceder, mas abaixo do qual pudessem prever executar a obra.
- 44 Seguindo a primeira interpretação, a decisão recorrida entendeu que ao fazer constar da proposta o prazo de 298 dias para execução da empreitada, a cocontratante apresentou uma

proposta com uma alteração a um aspeto não sujeito à concorrência, o que deveria ter levado à sua exclusão, nos termos do disposto no art.º 70.º, n.º 2, alínea b) do Código dos Contratos Públicos.

- 45 O procedimento concursal que está na base do contrato submetido a fiscalização seguiu a forma de concurso limitado por prévia qualificação com publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, nos termos do disposto nos artigos 16.º, n.º 1, alínea d), 19.º, alínea a) e 162.º e ss. do CCP, sendo o critério de adjudicação multifator, conforme previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do mesmo diploma.
- 46 Após a fase de qualificação e envio de convites às empresas qualificadas, apenas dois concorrentes apresentaram proposta, sendo que em ambos os casos o valor das propostas apresentadas se mostrava superior ao preço base que tinha sido fixado nos 11 000 000,00€.
- 47 Face a tais valores das propostas, o júri decidiu excluir ambas com fundamento na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.
- 48 Contudo, na alínea g) do n.º 2 do artigo 22.º do Programa de Procedimento estabelecia-se que:
- “O júri deve também propor nesse relatório, fundamentadamente, a exclusão das Propostas:*
- (...)
- g) Cujas análises revele alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 70.º do CCP, com as necessárias adaptações, podendo o Conselho de Administração da EEM recorrer ao mecanismo previsto no n.º 6 do art.º 70.º do CCP;”.*
- 49 O citado n.º 6 do art.º 70.º do CCP tem o seguinte teor:

“6 - No caso de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação em que todas as propostas tenham sido excluídas, o órgão competente para a decisão de contratar pode, exceionalmente e por motivos de interesse público devidamente fundamentados, adjudicar aquela que, de entre as propostas que apenas tenham sido excluídas com fundamento na alínea d) do n.º 2 e cujo preço não exceda em mais de 20 /prct. o montante do preço base, seja ordenada em primeiro lugar, de acordo com o critério de adjudicação, desde que:

- a) Essa possibilidade se encontre prevista no programa do procedimento e a modalidade do critério de adjudicação seja a referida na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º;*
- b) O preço da proposta a adjudicar respeite os limites previstos no n.º 4 do artigo 47.º;*

c) A decisão de autorização da despesa já habilite ou seja revista no sentido de habilitar a adjudicação por esse preço.”

- 50 Em cumprimento desta norma e uma vez que tal estava previsto expressamente no Programa de Procedimento, o júri deixou ao Conselho de Administração da EEM a decisão de recorrer ao mecanismo previsto no n.º 6 do artigo 70.º do CCP e para tal, propôs a adjudicação à proposta ordenada em primeiro lugar, no caso, a apresentada pela empresa *Hitachi Energy Portugal, S.A.*
- 51 Segundo o tribunal *a quo*, não poderia a entidade adjudicante ter procedido deste modo, na medida em que as duas propostas admitidas e graduadas deveriam ter sido alvo de exclusão não apenas pela alínea d) do n.º 1 do art.º 70.º (preço contratual proposto superior ao preço base), mas também com base na alínea b) da mesma norma (propostas “*que apresentam algum dos atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 10 a 12 do artigo 49.º;*”), o que inviabilizaria o recurso ao mecanismo previsto no n.º 6 desse mesmo artigo.
- 52 Para sustentar este entendimento, a decisão recorrida parte do prazo de execução da empreitada estabelecido no ponto 2 da cláusula 9.ª do Caderno de Encargos e no ponto 3 do Artigo 1.º do Programa do Procedimento, que têm o seguinte teor:

Caderno de Encargos – Cláusula 9.ª

“2. O prazo de execução dos trabalhos é de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação, de acordo com o programa de faseamento e condições definidas no presente Caderno de Encargos, sem prejuízo do prazo de manutenção da Central de Baterias.”

Programa do Procedimento – Art.º 1.º

“3. O prazo de execução dos trabalhos é de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data de consignação, de acordo com o programa de faseamento e condições definidas no Caderno de Encargos, sem prejuízo do prazo de manutenção a que se refere o número anterior.”

- 53 Lido o critério de adjudicação (art.º 21.º do Programa de Procedimento, transcrito no ponto 6. da matéria de facto provada), constata-se que o prazo de execução da empreitada não fazia parte dos elementos a ter em conta para a graduação e seleção das propostas, ou seja, tratava-se de aspeto não sujeito à concorrência.
- 54 Assim, uma vez que a proposta apresentada mencionava como prazo de execução da empreitada 298 dias e não 300, entendeu o tribunal *a quo* que a proposta alterava um aspeto não sujeito à concorrência, o que deveria ter levado à sua exclusão.

- 55 O cerne da questão a apreciar prende-se apenas e tão só com a natureza do prazo de 300 dias previsto nas peças concursais – o tribunal *a quo* interpretou-o como sendo um prazo fixo, do qual os concorrentes não poderiam divergir sob pena de estarem a violar um aspeto não sujeito à concorrência; a recorrente defende a interpretação daquele prazo como sendo um prazo máximo, assim legitimando a apresentação pelos concorrentes de prazos diferentes, desde que menores, nas suas propostas, sem que tal leve à exclusão das mesmas.
- 56 Os aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência são aqueles que não densificam o critério de adjudicação (art.º 42.º, n.º 11, *in fine*, do CCP), ou seja, aqueles que não serão tidos em consideração na avaliação e graduação das propostas.
- 57 Esses aspetos podem estar definidos de forma fixa ou definitiva, por serem “*aspetos em relação aos quais a entidade adjudicante não está disposta a abdicar, constituindo uma vinculação para todos os concorrentes*”, mas podem também “*ser descritos, nomeadamente, mediante a fixação de limites mínimos ou máximos a que as propostas estão vinculadas*” ou até “*podem ser formulados em alternativa*” (assim Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, p. 596).
- 58 A opção pela definição de forma fixa ou através de limites mínimos ou máximos dependerá “*das necessidades específicas da entidade adjudicante*” (assim Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, volume I, AAFDL, Lisboa, 2021, p. 663) – se entender essencial determinado aspeto fixo, optará por uma definição concreta e sem possibilidade de variações; se entender que desde que determinado limite seja cumprido, o interesse público fica satisfeito, poderá limitar-se a definir aquele limite, admitindo as propostas que o respeitem mas não valorizando as variações que estas contenham quanto a esse aspeto.
- 59 Nesta última modalidade, a definição do aspeto não sujeito à concorrência tem um efeito “*puramente eliminatório ou excludente: a proposta que não respeitar esse limite é excluída, enquanto que a proposta que nele se contiver é admitida. Nesta formulação, não há margem para uma diferente valorização ou pontuação das propostas: desde que seja respeitado o limite imperativo fixado pelo caderno de encargos, é indiferente verificar qual a condição concretamente proposta por cada concorrente, já que, da perspetiva da entidade adjudicante, qualquer condição compatível com o caderno de encargos é aceitável e satisfatória*” (assim Pedro Fernández Sánchez, *ob e loc. cit.*).
- 60 Revertendo agora para o caso concreto, a simples leitura do ponto 2 da cláusula 9.ª do Caderno de Encargos e do ponto 3 do Artigo 1.º do Programa do Procedimento (acima transcritos) parece apontar para a consagração pela entidade adjudicante de um prazo fixo – ali não se fez constar a alusão a qualquer “*prazo máximo*”, mas apenas a um prazo de 300 dias.

- 61 Contudo, lidas as peças concursais na sua globalidade, não é essa a conclusão a que se chega.
- 62 Conforme alega a recorrente, na mesma cláusula do Caderno de Encargos consta expressamente a referência a ser aquele um prazo máximo, quando se estabelece como obrigação do adjudicatário *“concluir a execução dos trabalhos e solicitar a realização de vistoria dos trabalhos para efeitos da sua receção provisória no prazo máximo de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação.”* (ponto 3.1. da matéria de facto, conforme aditamento acima determinado – sublinhado nosso).
- 63 Ou seja, o elemento literal da interpretação (quando conjugadas as cláusulas que se reportam ao prazo de execução dos trabalhos) aponta para que o prazo fixado pela entidade adjudicante o tenha sido por referência a um limite máximo e não a um termo fixo do qual os proponentes não pudessem divergir.
- 64 Também o elemento sistemático aponta nesse sentido, não podendo deixar de se concordar com a recorrente quando nota que, sendo a componente principal do contrato aqui em apreço a empreitada de construção e instalação das baterias e reportando-se o prazo de 300 dias em causa a tal componente (uma vez que a de manutenção tem prazo próprio e devidamente identificado de 10 anos – Cláusula 1.^a, n.º 2, *in fine* do Caderno de Encargos), mal se compreenderia que, face à natureza e especificidades de um contrato como o de empreitada, a entidade adjudicante tivesse querido estabelecer um prazo fixo e imutável, não admitindo que os proponentes pudessem concluir a obra em menos tempo.
- 65 Mais lógica e consentânea com a que lhe daria um normal declaratório colocado na posição do destinatário das peças concursais será a interpretação segundo a qual aquele prazo de 300 dias fixado pela entidade adjudicante seria o máximo no qual admitia que a obra fosse executada, não admitindo propostas que previssem um prazo maior, mas sendo irrelevante para si (até por tal não constar no critério de adjudicação) que esse prazo fosse inferior.
- 66 Ora, a ser assim, estamos perante um aspeto não sujeito à concorrência fixado em termos de limite máximo e não de forma fixa, sendo por isso admissíveis as propostas que o respeitem, mas não sendo valorizadas as variações que estas contenham quanto a esse aspeto.
- 67 Foi isso mesmo que o júri fez no procedimento concursal aqui em apreço – admitiu as duas propostas apresentadas, que previam prazos de execução inferiores a 300 dias, mas na sua graduação final não teve em consideração o prazo como elemento diferenciador, apenas tendo considerado os elementos definidos no critério de avaliação densificado no artigo 21.º do Programa do Procedimento.

- 68 Sendo o prazo de execução um prazo máximo e não fixo e tendo as propostas (nomeadamente aquela alvo de adjudicação) respeitado tal limite, não violavam estas qualquer aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, pelo que não se enquadravam na hipótese do artigo 70.º, n.º 2, alínea b) do CCP, não havendo motivos para a sua exclusão.
- 69 Assim, a hipótese na qual o tribunal *a quo* se estribava para sustentar a conclusão pela invalidade do contrato nos termos do disposto no art.º 283.º, n.º 2 do CCP não se verifica.
- 70 Não havendo qualquer motivo de exclusão da proposta objeto de adjudicação e, conseqüentemente, inexistindo invalidade do contrato celebrado, não subsistem os motivos que levaram à recusa do visto, devendo este ser concedido.
- 71 Do mesmo modo, não subsistem também os fundamentos que levaram à decisão de abertura de procedimento para apuramento de responsabilidade financeira, na medida em que não se descortina qualquer ilegalidade que tenha sido praticada.
- 72 Tendo-se concluído pela admissibilidade da proposta objeto de adjudicação, fica prejudicada a apreciação da terceira questão levantada pela recorrente, *supra* identificada: se a não admissão da proposta violaria os princípios da proporcionalidade e prossecução do interesse público.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Julgar procedente a impugnação da matéria de facto e, conseqüentemente, ordenar:

- i. a eliminação do ponto 3) constante do elenco de factos provados da decisão recorrida;
- ii. o aditamento à matéria de facto provada de um ponto 3.1) com o seguinte teor:

3.1) Dispunha a cláusula 9.ª, n.º 3, alínea d) do Caderno de Encargos:

“3. O Adjudicatário obriga-se a:

(...)

d) Concluir a execução dos trabalhos e solicitar a realização de vistoria dos trabalhos para efeitos da sua receção provisória no prazo máximo de 300 (trezentos) dias de calendário, contados a partir da data da primeira consignação.”

- Julgar totalmente procedente o presente recurso e, conseqüentemente:

- i. Revogar a decisão recorrida (Decisão n.º 16/2023-FP/SRMTC), proferida em 17/03/2023 no processo de fiscalização prévia n.º 119/2022;
 - ii. Conceder o visto ao «contrato para a instalação e integração de sistema de armazenamento de energia com baterias no sistema elétrico da ilha do Porto Santo», celebrado em 16/11/2022 entre a *EEM – Empresa de Eletricidade da Madeira, S.A.* e a empresa *Hitachi Energy Portugal, S.A.*, pelo valor de 12.906.315,35€, acrescido de IVA»;
- Emolumentos nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 3 do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-05).

Lisboa, 09 de maio de 2023.

Os Juízes Conselheiros,

Alziro Antunes Cardoso – Relator - participou na sessão por videoconferência e assina digitalmente o acórdão

Miguel Pestana de Vasconcelos – participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente o acórdão.

Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho - participou na sessão presencialmente e votou favoravelmente o acórdão