

DECISÃO N.º 12/FP/2011

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 15 de Setembro de 2011, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de construção do “caminho agrícola do tintureiro - Machico”, outorgado, em 24 de Maio de 2011 entre a Câmara Municipal de Machico e a empresa “Somague – Engenharia Madeira, S.A.”, pelo preço de 1 494 999,98€ (s/IVA).

I - OS FACTOS

Com interesse para a análise do processo vertente, cumpre destacar os factos a seguir elencados:

- a) Por anúncio publicado no Diário da República, II Série, n.º 183, de 20 de Setembro de 2010, a Câmara Municipal de Machico, doravante designada por CMM, lançou um concurso público para a realização da empreitada de construção do “caminho agrícola do tintureiro – Machico”, com o preço base de 2 008 000,00€, não incluindo o IVA.
- b) No ponto 11. do programa do procedimento a edilidade estabeleceu requisitos mínimos de capacidade técnica que os concorrentes deviam preencher, a seguir indicados:
- (i) *Ter iniciado e concluído pelo menos 1 (uma) empreitada, nos últimos 3 (três) anos, de montante igual ou superior ao Preço Base, enquadrada na 1.ª subcategoria da 1.ª Categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro;*
 - (ii) *O Director de Obra deverá ter o grau de licenciado em Engenharia Civil ou Engenheiro Técnico Civil, com experiência mínima de 5 (cinco) anos;*
 - (iii) *O Encarregado Geral deverá possuir experiência mínima de 5 (cinco) anos em obras, tendo participado enquanto tal, nos últimos 5 (cinco) anos, em pelo menos 1 (uma) empreitada de montante igual ou superior ao Preço Base, enquadrada na 1.ª subcategoria da 1.ª Categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro.*
- c) O ponto 12.1.3. da mesma peça processual identifica como elementos relativos aos aspectos não submetidos à concorrência (condições da proposta):
- ◆ A declaração do concorrente que ateste o cumprimento dos requisitos mínimos estabelecidos no ponto 11. (vide o ponto 12.1.3.1)
 - ◆ E o prazo de execução (cfr. o ponto 12.1.3.2).
- d) Noutro âmbito, o ponto 9.3 do mesmo programa exigia aos concorrentes, como condição *sine qua non* para efeitos de admissão ao concurso, a titularidade de alvará de construção ou título de registo emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (INCI), contendo as seguintes autorizações:

- ◆ A 1.ª subcategoria da 1.ª categoria da classe correspondente ao valor global da proposta;
 - ◆ A 2.ª subcategoria da 1.ª categoria, a 5.ª subcategoria da 2.ª categoria, e a 13.ª subcategoria da 5.ª categoria, nas classes correspondentes aos valores dos trabalhos especializados que lhes respeitem.
- e) Através da Acta n.º 1/2010, de 4 de Outubro, o júri do concurso, nomeado por deliberação camarária de 15 de Julho de 2010, no uso da competência delegada pela CMM na mesma data, veio proceder à correcção do ponto 9.3 do programa do procedimento, passando a exigir-se:
- ◆ A 1.ª subcategoria da 2.ª categoria da classe correspondente ao valor global da proposta;
 - ◆ A 5.ª subcategoria da 2.ª categoria e a 2.ª subcategoria da 5.ª categoria, nas classes correspondentes aos valores dos trabalhos especializados que lhes respeitem.
- f) Esta alteração foi divulgada através de aviso rectificativo publicado no Diário da República, II Série, n.º 194, de 6 Outubro de 2010.
- g) No dia 21 de Outubro de 2010, por intermédio da Acta n.º 3/2010, o júri prestou o esclarecimento que se passa a citar: *“Dada a alteração efectuada nas classes do alvará, pressupõe-se que a experiência requerida como requisito mínimo de capacidade técnica também se deva adequar à classe de alvará efectivamente solicitada. Assim, o requisito mínimo de capacidade técnica solicitado no ponto 11 do Programa de Procedimento deverá ser, em tudo o que se refere à 1.ª subcategoria da 1.ª categoria, entendido como 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, o que era ostensivo, uma vez que, tratando-se de obras de natureza diferentes (edifícios vs estradas) pressupõe-se que os interessados já estavam cientes do mesmo”*.
- h) Esclarecimento que a CMM divulgou através da publicação na plataforma acinGov, no dia 21 de Outubro de 2010, às 15H09, e no Diário da República, II Série, n.º 206, de 22 Outubro de 2010, tendo o prazo de entrega das propostas sido prorrogado para o dia 2 de Novembro de 2010.
- i) No dia 2 de Novembro de 2010, data limite para entrega das propostas, o concorrente Ilho-Construções, S.A./Habitãmega, Ld.ª, através de carta registada com aviso de recepção, solicitou ao júri a apreciação da sua proposta, entregue na referida plataforma acinGov em **21 de Outubro de 2010 às 12h38**, pedido que *“(…) vem na sequência da vossa alteração do requisito mínimo de capacidade técnica solicitado no ponto 11 do Programa de Procedimento da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria para a 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, conforme descrito na acta n.º 3/2010, disponibilizada na plataforma acinGov no dia 21-10-2010 às 15H09 hrs.*

Dado, termos conhecimento desta rectificação após a entrega da proposta e já quase no prazo limite de entrega da mesma e considerando que ambas as empresas do consórcio despenderam recursos humanos e financeiros para a elaboração da referida proposta, agradecemos a aceitação da nossa proposta ou a devolução, no mínimo, do valor pago pela disponibilização das peças do concurso, de acordo com o art.º 134.º, alínea d), do CCP”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature/initials

- j) A proposta do agrupamento de empresas Ilho-Construções, S.A./Habitâmega, Ld.^a, cifra-se nos 1 760 255,30€ (s/IVA).
- k) Saliente-se que, em caso de empate após aplicação da fórmula que integra o modelo de avaliação insito ao critério de adjudicação adoptado, o critério de desempate será o do mais baixo preço. Continuando a verificar-se empate, o critério de desempate será o da proposta apresentada primeiro.
- l) No relatório preliminar, datado de 21 de Março de 2011, o júri do concurso deliberou excluir o concorrente n.º 1 – agrupamento de empresas Ilho-Construções, S.A./Habitâmega, Ld.^a, nos termos da alínea o) do n.º 2 do art.º 146.º, conjugado com a alínea b) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP, por não cumprir o requisito mínimo de capacidade técnica definido no ponto 11 do Programa do Procedimento.
- m) O critério de adjudicação, fixado no ponto 17. do programa do concurso, era o da proposta economicamente mais vantajosa de acordo com o modelo de avaliação das propostas constante no Anexo II, e que se passa a reproduzir:

ANEXO II

MODELO DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS

1. Critério de Adjudicação

A adjudicação é feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, para a entidade adjudicante tendo em conta os seguintes factores e subfactores, por ordem decrescente de importância, com a seguinte ponderação:

Factores Ponderação

- a) Preço proposto 40%
- b) Valia técnica da proposta 60%

2. Preço Proposto

Ao critério do **Preço Proposto** será atribuída uma pontuação de até 10 valores, de acordo com a seguinte expressão:

$$PP = \frac{(1 - \frac{Pi}{PB + Pi}) \times 10}{(PB + Pi)}$$

PP – Pontuação do factor preço

PB – Preço base definido para o procedimento

Pi – Preço da proposta em análise

3. Valia técnica da proposta

3.1 - Memória Descritiva

O subfactor “Memória Descritiva” terá uma ponderação de 35% e será avaliado numa escala de 1 a 10, da seguinte forma:

- 1 a 4 pontos – incompleta, genérica, não satisfazendo os aspectos essenciais exigíveis de adaptação à empreitada. Que revele deficiente articulação com a nota justificativa do preço proposto, a lista de preços unitários, o plano de trabalhos, o plano de mão-de-obra e o plano de equipamentos, apresentando eventualmente pequenas incorrecções;
- 5 a 8 pontos – simplificada, satisfazendo os aspectos essenciais exigíveis de adaptação à empreitada. Elaborada de modo pouco extensivo, revela articulação com a nota justificativa do preço proposto, a lista de preços unitários, o plano de trabalhos, o plano de mão-de-obra e o plano de pagamentos;
- 9 a 10 pontos – completa, correctamente elaborada e desenvolvida, discrimina a intervenção, relaciona o planeamento da obra com as diversas componentes do projecto, revela conhecimento da área de intervenção em toda a extensão, das diversas componentes do projecto nas diferentes especialidades e das exigências legais e regulamentares, e do projecto, no tratamento de resíduos e em todos os aspectos relativos às questões ambientais.

3.2 – Programa de trabalhos

O subfactor “Programa de trabalhos” terá uma ponderação de 35% e será avaliado numa escala de 1 a 10, da seguinte forma:

- 1 a 4 pontos – incompleto, genérico, não traduz o desenvolvimento da empreitada ao longo do prazo de execução nem indica claramente os períodos de realização dos diferentes tipos de trabalhos;
- 5 a 8 pontos – correctamente elaborado, não traduz exhaustivamente o desenvolvimento da empreitada ao longo do prazo de execução, ou não indica claramente os períodos de realização dos diferentes tipos de trabalhos;
- 9 a 10 pontos – completo, traduz exhaustivamente o desenvolvimento da empreitada ao longo do prazo de execução, indicando claramente os períodos de realização dos diferentes tipos de trabalhos.

3.3 – Adequação dos planos de mão-de-obra e de equipamento ao plano de trabalhos

O subfactor “Adequação dos planos de mão-de-obra e de equipamento ao plano de trabalhos” terá uma ponderação de 30% e será avaliado numa escala de 1 a 10, da seguinte forma:

- 1 a 4 pontos – incompleto, ou demasiado genérico na indicação da quantidade e qualificação do pessoal a utilizar, bem como no tipo de equipamento e o período de utilização do mesmo, no desenvolvimento de toda a empreitada ao longo do prazo de execução;



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature and initials.

- 5 a 8 pontos – correctamente elaborado, indica de modo sucinto a quantidade e a qualificação do pessoal a utilizar e traduz, com algumas omissões, o tipo de equipamento e o período de utilização, a utilizar no desenvolvimento de toda a empreitada ao longo do prazo de execução;
- 9 a 10 pontos – completo, indica exaustivamente a quantidade e a qualificação do pessoal, o tipo de equipamento e o período de utilização, a utilizar no desenvolvimento de toda a empreitada ao longo do prazo de execução.

3.4 – Valia Técnica da proposta, obtém-se pela seguinte fórmula:

Ao critério da **Valia Técnica da proposta** será atribuída uma pontuação de até 10 valores, de acordo com a seguinte expressão:

$$VTP = 0.35 \times MDi + 0.35 \times PT + 0.3 \times AP's$$

1. Classificação Final

A proposta mais vantajosa será a que corresponder à média ponderada mais elevada, ou seja, a média que se aproxima mais do valor 10.

Assim resulta que a **Classificação Final** obtém-se pela seguinte fórmula

$$CF = (0.40 \times PPI + 0.60 \times VTi)$$

CF – Classificação final da proposta em análise

PPI – Pontuação do factor preço da proposta em análise

VTi – Valia técnica da proposta em análise

Em caso de empate após aplicação da fórmula acima, o critério de desempate será o do mais baixo preço. Continuando a verificar-se empate, o critério de desempate será o da proposta apresentada primeiro.

n) Por força do anteriormente exposto, a CMM foi solicitada, em sede de verificação preliminar:

- A enquadrar nas normas plasmadas no CCP que disciplinam o concurso público, procedimento que antecedeu a outorga do presente contrato, a exigência feita aos potenciais interessados, dos vários requisitos mínimos de capacidade técnica, conforme se extrai do ponto 11. do programa do concurso.
- A informar em que momento a empresa adjudicatária designou o director da obra e o encarregado geral e apresentou os documentos comprovativos dos requisitos exigíveis no ponto 11.1., (i) e (iii) do programa do procedimento.
- A elucidar por que motivo o modelo de avaliação das propostas fixado no Anexo II do programa do procedimento, em desenvolvimento do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa assente no ponto 17. daquela peça processual, não observa os preceitos normativos ínsitos nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP, designadamente no que toca à escala valorativa definida para os sub-factores que compõem o factor “*Valia técnica da proposta*”, uma vez que, para esse

efeito, a entidade adjudicante limitou-se a recorrer a expressões sem as densificar, tais como “incompleta” ou “incompleta”, “genérica”, “simplificada”, “deficiente articulação”, “correctamente elaborada” e “desenvolvida”.

- o) Em resposta, a coberto do ofício n.º 3506, datado de 9 de Agosto de 2011, e no que à **primeira questão** concerne, veio a Edilidade dizer que: *“Dadas as especificidades da obra a executar, o Município de Machico fixou, nos termos do n.º 4 do artigo 132.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), requisitos mínimos de capacidade técnica, da equipa de trabalho a afectar à obra, a que os concorrentes deveriam vincular-se. Mais informamos que tais requisitos não foram considerados na avaliação das propostas”*.

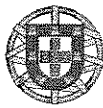
No tocante à **segunda questão**, informou que *“A empresa adjudicatária designou o director da obra e o encarregado geral aquando da apresentação da proposta, a 02-11-2010, tendo apresentado os documentos comprovativos dos requisitos exigíveis aquando da apresentação dos documentos de habilitação, que ocorreu em 29-04-2011”*.

No que concerne à **terceira daquelas questões**, alegou o seguinte: *“Considerando o disposto na alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º do CCP, foi estabelecido um modelo de avaliação de propostas no qual se procurou densificar da melhor forma o modo de avaliação do factor valia técnica da proposta. Ainda que as expressões «incompleta», «genérica», «simplificada», «deficiente articulação», «correctamente elaborada» e «desenvolvida», atendidas isoladamente possam indiciar algum grau de subjectividade, consideramos que, atendidas no computo geral da densificação de cada um dos sub-factores, conforme resulta dos pontos 3.1 a 3.3 do Modelo de Avaliação das Propostas, as mesmas são contextualizadas, cumprindo os preceitos normativos, estabelecendo-se ainda as respectivas ponderações e escala de pontuação. No ponto 3.4 do Modelo de Avaliação das Propostas estabelece-se a expressão matemática para avaliação do factor «Valia Técnica da proposta» e no ponto 4 estabelece-se a expressão matemática para avaliação da proposta no seu todo.*

Na fase de apresentação de propostas nenhum interessado levantou quaisquer questões sobre o Modelo de Avaliação das Propostas, tendo o Júri, aquando da análise das propostas apresentadas, procurado objectivar a sua avaliação, não tendo nenhum concorrente deduzido oposição, não se considerando ter sido cometida qualquer irregularidade.”

- p) Porém, como persistiram algumas dúvidas, foi o processo novamente devolvido à CMM, desta vez pelo Despacho n.º 19/FP/2011, proferido pelo Senhor Conselheiro a 29 de Agosto passado, a fim de o Município de Machico:

- ✓ Explicitar por que motivo não optou pela modalidade de concurso limitado por prévia qualificação se pretendia confinar a admissão ao procedimento a entidades que preenchessem requisitos mínimos de capacidade técnica, porquanto as normas plasmadas no CCP que disciplinam o procedimento que antecedeu a outorga do presente contrato não permitem que as entidades adjudicantes possam proceder a esse tipo de exigência no âmbito do concurso público.
- ✓ Esclarecer porque razão a firma “Somague – Engenharia Madeira, S.A.”, não foi excluída pelo júri do concurso por não cumprir o requisito mínimo de capacidade técnica definido no ponto 11. do Programa do Procedimento, a comprovar por mera apresentação de uma declaração do concorrente (vide o ponto 12.1.3.1 do referenciado Programa), à semelhança do que sucedeu com o agrupamento de empresas *Ilho-Construções, S.A./Habítamega, Ld.ª*, uma vez que da proposta daquela sociedade não



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature and initials.

consta qualquer declaração com esse teor nem quaisquer outros elementos que permitissem comprovar a titularidade do requisito mínimo exigido.

q) Ao que a Autarquia contrapôs nos seguintes termos:

“O Município de Machico optou pela modalidade de concurso público e não pelo concurso limitado por prévia qualificação para a formação do presente contrato na medida em que não pretendia proceder à qualificação dos concorrentes. A fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica prevista no Programa de Procedimento destinava-se essencialmente a garantir um nível mínimo de experiência em obras do mesmo tipo a que os concorrentes deveriam vincular-se, não sendo tal experiência sujeita a qualquer tipo de apreciação/avaliação.”

Já *“O concorrente Somague – Engenharia Madeira, S.A., não foi excluído ao procedimento uma vez que apresentou todos os documentos solicitados no Programa do Procedimento, nomeadamente da declaração de cumprimento do requisito de capacidade técnica, conforme consta do ficheiro no CD em anexo”,* o que de facto se comprova através da análise do referido ficheiro.

II - O DIREITO

- I. Conforme se fez alusão na antecedente alínea b), a CMM estabeleceu requisitos mínimos de capacidade técnica no ponto 11. do programa do procedimento que os concorrentes deviam preencher, que se reconduzem aos seguintes aspectos:
 - (i) *Ter iniciado e concluído pelo menos 1 (uma) empreitada, nos últimos 3 (três) anos, de montante igual ou superior ao Preço Base, enquadrada na 1.ª sub-categoria da 1.ª Categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro;*
 - (ii) *O Director de Obra deverá ter o grau de licenciado em Engenharia Civil ou Engenheiro Técnico Civil, com experiência mínima de 5 (cinco) anos;*
 - (iii) *O Encarregado Geral deverá possuir experiência mínima de 5 (cinco) anos em obras, tendo participado enquanto tal, nos últimos 5 (cinco) anos, em pelo menos 1 (uma) empreitada de montante igual ou superior ao Preço Base, enquadrada na 1.ª sub-categoria da 1.ª Categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro.*

Sendo que cada concorrente deveria apresentar uma declaração atestando o cumprimento desses mesmos requisitos mínimos, em conformidade com o ponto 12.1.3.1 do programa do concurso, a qual consubstancia um elemento relativo aos aspectos não submetidos à concorrência (condições da proposta – nesse sentido, vide o ponto 12.1.3).

No pressuposto de que as normas que disciplinam o concurso público consagradas no CCP, procedimento que antecedeu a outorga do contrato *sub judice*, não fazem referência à possibilidade de a entidade adjudicante poder enxertar nesse procedimento qualquer fase de apreciação de requisitos mínimos de capacidade técnica, foi solicitado à CMM que clarificasse o porquê dessa exigência, tendo este Município trazido à consideração deste Tribunal que tal se deveu às *“(…) especificidades da obra a executar”,* e que se fundamentou no n.º 4 do art.º 132.º do CCP, acrescendo que esses requisitos não foram considerados na avaliação das propostas.

E quando exortado a explicitar por que motivo não adoptou a modalidade de concurso limitado por prévia qualificação se pretendia confinar a admissão ao procedimento a entidades que preenchessem requisitos mínimos de capacidade técnica, o Município de Machico tentou alicerçar a sua posição defendendo que “ (...) optou pela modalidade de concurso público e não pelo concurso limitado por prévia qualificação (...) na medida em que não pretendia proceder à qualificação dos concorrentes. A fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica prevista no Programa de Procedimento destinava-se essencialmente a garantir um nível mínimo de experiência em obras do mesmo tipo a que os concorrentes deveriam vincular-se, não sendo tal experiência sujeita a qualquer tipo de apreciação/avaliação”.

Concretizando a análise da resposta da CMM, cumpre desde logo assinalar que a empreitada de construção do “caminho agrícola do tintureiro - Machico”, não evidencia qualquer qualidade, característica ou aspecto de complexidade técnica que justificasse essa particular exigência, ao contrário do que argumenta aquela Autarquia.

Isto porque os trabalhos a executar consubstanciam-se em terraplanagens, obras de arte, rede de águas e esgotos, pavimentação, rede de electricidade e telecomunicações, com vista a dotar o local com as necessárias condições de circulação rodoviária, e facilitar a mobilidade, tratamento e manuseamento dos terrenos e dos produtos agrícolas aí produzidos. O caminho agrícola é constituído por dois ramais, sendo que o ramal 1 apresenta uma extensão de cerca 1.418.07 metros e o ramal 2 143.59 metros. Por outro lado, em planta, a via apresenta uma directriz com curvas de raio elevado, o que permite a suavização do traçado.

A CMM fundamentou ainda a exigência em análise com base no n.º 4 do art.º 132.º do CCP. Mas o que o n.º 4 do art.º 132.º do CCP permite é que, no âmbito do programa do concurso, a entidade adjudicante possa introduzir “ (...) quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”.

Esta disposição permissiva versa precisamente sobre a possibilidade de a entidade adjudicante introduzir regras no procedimento que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. O que é precisamente o inverso do que aconteceu *in casu*, pois com a exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica no ponto 11. do programa do procedimento a CMM esteve, na prática, a introduzir normas ilegais que restringiram a concorrência, condicionando a admissão ao concurso público a entidades que preenchessem essas exigências.

Noutra perspectiva, considerando que estamos no domínio em que a entidade adjudicante desfruta de ampla liberdade de configuração do procedimento pré-contratual, apesar da existência de certos limites de vinculação procedimental, o ponto de partida para análise da correcção na fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica dos potenciais concorrentes consiste em localizar e delimitar o âmbito de autonomia de acção que as normas procedimentais lhe conferem.

O procedimento escolhido pela Autarquia de Machico foi o concurso público, regulado nos art.ºs 130.º a 148.º do CCP (vide ainda os art.ºs 16.º, 24.º, 28.º, 31.º, e 40.º).

A opção por este tipo de procedimento constitui já uma manifestação de um espaço de autonomia administrativa conferida pelas normas reguladoras dos procedimentos pré-contratuais. Com efeito, considerando o valor do contrato a celebrar, o art.º 18.º do CCP



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

FA
Nuff
h

atribui ao órgão competente para a decisão de contratar uma liberdade de escolha entre os procedimentos de concurso público e de concurso limitado por prévia qualificação.

A discricionariedade de escolha optativa conferida por esta norma tem implicação directa na optimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no concurso público, no concurso limitado por prévia qualificação o acesso ao procedimento é limitado a quem preencher determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.

Por isso mesmo, o exercício da liberdade de escolha do procedimento não é arbitrário: há normas reguladoras dessa autonomia, como o art.º 38º do CCP, que impõe a fundamentação dessa decisão ou normas que a limitam internamente, como acontece com os princípios da proporcionalidade, da imparcialidade e boa fé.

A escolha do concurso público vinculou a entidade adjudicante às normas procedimentais reguladoras dessa forma de procedimento, as quais não consagram a faculdade de exigir, para efeitos de admissão ao procedimento, o preenchimento de requisitos mínimos de capacidade técnica.

Aliás, uma das principais novidades introduzidas por via do CCP face ao regime anteriormente vigente, e consubstanciado primordialmente no DL n.º 59/99, de 2 de Março, foi o desaparecimento, no âmbito do concurso público, da fase de qualificação dos concorrentes, excluindo a possibilidade de qualquer solicitação da demonstração de um mínimo de capacidade técnica e financeira para participar no procedimento, a qual o CCP reservou unicamente para o concurso limitado por prévia qualificação [nesse sentido, cfr. os art.ºs 164.º, n.º 1., als. h) e j), e n.º 2, e 165.º, n.º 1, 2 e 3 do CCP].

Tanto assim é que no concurso limitado por prévia qualificação existe sempre, por definição, uma fase prévia de qualificação em que se avaliam a capacidade técnica e a capacidade financeira dos candidatos, sendo os seleccionados os únicos convidados a apresentar propostas.

Dito de outro modo, com o CCP, a fase destinada à avaliação da capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos passa a existir só num dos tipos de procedimento concursal: no concurso limitado por prévia qualificação.

Neste pressuposto, quando a entidade adjudicante escolhe o concurso público entende-se que se basta com a habilitação do adjudicatário.

Neste âmbito, e no que toca às empreitadas de obras públicas, cumpre chamar à colação o determinado no art.º 81.º, n.º 2, do CCP, que impõe ao adjudicatário a obrigação de apresentar, entre outros documentos de habilitação, o respectivo alvará.

O art.º 7.º do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na actividade da construção, preceitua que a concessão e a manutenção de habilitações dependem do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: idoneidade, capacidade técnica e capacidade económica e financeira.

E do art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo diploma resulta que a **capacidade técnica** de uma empresa de construção é determinada em função da sua estrutura organizacional e da avaliação dos respectivos meios humanos e técnicos, devendo esta ter em conta o número de técnicos e os seus níveis de conhecimento, o número de profissionais afectos à

gestão da segurança, higiene e saúde do trabalho e do número de encarregados e operários.

No caso, todavia, se a CMM entendia que a mera titularidade de alvará, nas subcategorias e categorias nas classes adequadas à natureza e ao valor dos trabalhos, pelos concorrentes era insuficiente para a execução da obra posta a concurso, deveria ter lançado um outro procedimento, onde pudesse fazer uma apreciação mais exigente da capacidade técnica dos mesmos – o concurso limitado por prévia qualificação.

Ou seja, sempre que a entidade adjudicante pretenda avaliar a capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos, para além da capacidade revelada pelos documentos de habilitação, o procedimento adequado é o concurso limitado por prévia qualificação, em conformidade com o juízo de adequação que o órgão competente para a decisão de contratar faça em relação à necessidade que visa satisfazer com o contrato a celebrar e à idoneidade do meio escolhido para essa satisfação.

Logo, a CMM apenas poderia ter imposto exigências às propostas dos concorrentes, e não no campo das qualidades e aptidões técnicas dos mesmos, designadamente no que toca à experiência curricular e aos recursos humanos, como foi o caso, as quais se encontram expressamente enunciadas nas als. a) e b) do art.º 165.º, n.º 1, do CCP, exclusivamente previstas no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação.

Tal como ocorre na discricionariedade administrativa globalmente considerada, também a discricionariedade procedimental tem os limites de normas reguladoras dessa autonomia, normas que estabelecem limites e direccionam o exercício da discricionariedade atribuída. Referimo-nos, quer aos princípios gerais da actividade administrativa, para que remete o art.º 5.º, n.º 6, al. a), do CCP, quer aos princípios específicos da contratação pública referidos no art.º 1, n.º 4 do mesmo Código. A imposição de requisitos mínimos de capacidade técnica no âmbito de um concurso público disciplinado pelo CCP tem por limite não somente essas normas, mas também determinados princípios, como a igualdade, a imparcialidade, a proporcionalidade, a transparência e a concorrência. Estas normas de princípio incidem ou projectam-se no espaço de autonomia que aquelas normas atribuem às entidades adjudicantes, impondo certos cânones ou determinados parâmetros ao “*iter*” lógico insito no procedimento em apreço – o concurso público.

A intervenção destes princípios nos espaços de conformação próprios da decisão administrativa cria um conflito apenas resolúvel através de uma ponderação: por um lado, temos as normas que conferem à entidade adjudicante autonomia para fixarem requisitos mínimos, por outro lado, temos as normas de princípio que estabelecem o efeito contrário, na estrita medida em que, pelo menos, parte dessa autonomia é por si excluída ou diminuída. O conflito entre estas normas, que aparecem como geradoras de efeitos incompatíveis, só é possível resolver-se através do *método da ponderação* desses efeitos, com base na especificidade das circunstâncias de facto que geram o conflito. A solução jurídica do caso depende, pois, dos termos em que é feita a contrapesagem dos factos e dos juízos de valoração a ela associados.

Ora, o concurso público é um procedimento de acesso a todos os interessados, e é também aquele que garante maior concorrência, e que pode implicar a avaliação de inúmeras propostas, inclusive algumas apresentadas por entidades não qualificadas. Mas as razões deste tipo, hierarquizadas à luz do interesse público específico a prosseguir através do contrato, apenas podem relevar no momento da escolha do procedimento, e não podem justificar exigências no seu âmbito que a lei não permite.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

AF Maff

O princípio da concorrência limita o exercício da autonomia procedimental que a lei confere às entidades adjudicantes no domínio da contratação pública, e é a trave-mestra dos procedimentos da contratação pública, e que sobre o acesso ao procedimento determina, dentro do imperativo de optimização em que se traduz a sua aplicação, o mais amplo acesso de todos os interessados em contratar ao respectivo procedimento pré-contratual. O princípio estabelece que a instrução do procedimento deve ser orientada pelo objectivo de garantir a mais ampla entrada de concorrentes: no procedimento de contratação pública, e no que respeita ao acesso de interessados, deve viabilizar-se o mais amplo acesso possível. O interesse público subjacente à norma de concorrência está bem implícito no seu enunciado: estimular o mercado e os operadores económicos a concorrerem, como opositores e em condições de igualdade, de modo a se poder seleccionar a proposta que melhores condições oferece para a satisfação do interesse específico que levou a entidade adjudicante a determinar-se ao negócio. O interesse da maior abertura ao mercado manifesta-se sobretudo na fase inicial, em que se formula o caderno de encargos e o programa de concurso, mas também tem projecções variáveis ao longo do procedimento.

A projecção da norma da concorrência no âmbito do concurso público formatado pelo CCP à entidade que o decide lançar não permite, no quadro actual, a fixação de quaisquer requisitos mínimos de capacidade técnica. Doutro modo, estar-se-iam a introduzir condições restritivas do acesso sem base justificativa e sem legitimidade.

E se a CMM entendia que o preenchimento desses requisitos era fundamental deveria ter optado por outro procedimento, em concreto pelo concurso limitado por prévia qualificação, onde critérios ou exigências limitativas do acesso ao procedimento podem ser impostos, desde que justificados, racionais e razoáveis, com ponderação sobre as circunstâncias de facto relevantes para a celebração do contrato em expectativa.

Nesta conformidade, conclui-se que a exigência feita aos concorrentes de que, do elenco técnico a afectar à obra, deveria constar um director de obra com licenciatura em engenharia civil ou um engenheiro técnico civil, com experiência mínima de 5 (cinco) anos e o encarregado geral possuir experiência mínima de 5 (cinco) anos em obras, tendo participado enquanto tal, nos últimos 5 (cinco) anos, em pelo menos 1 (uma) empreitada de montante igual ou superior ao preço base, enquadrada na 1.^a subcategoria da 2.^a categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro, violou o conjunto de normas que regulam o procedimento do concurso público no âmbito do CCP, designadamente os art.ºs 130.º a 148.º, em especial o disposto no art.º 132.º do CCP, assim como os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do artigo 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro), o que determina a anulabilidade do acto final de adjudicação, nos termos do art.º 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

- II. A factualidade exposta suscita uma segunda questão central que cumpre analisar à luz do regime jurídico aprovado pelo CCP, e que resulta do modelo de avaliação das propostas consagrado no ponto 17. do programa do procedimento (Anexo II), tratado de modo inadequado por não observar integralmente os termos do art.º 132.º, n.º 1, al. n), do citado Código, que preceituam que o programa do concurso deve indicar *“O critério de adjudicação, bem como, quando for adoptado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e os eventuais subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivos coeficientes de pon-*

deração e, relativamente a cada um dos factores ou subfactores elementares, a respectiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”.

No caso, a selecção do co-contratante seguiu o critério previsto na alínea a) do n.º 1 do art.º 74.º do CCP, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, e o programa do concurso explicitou os factores e os subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respectivos coeficientes de ponderação.

Todavia, o ponto 17. do programa do procedimento não percebe correctamente as questões do modelo de avaliação das propostas, porquanto omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfactores do factor *Valia Técnica da Proposta* do critério de adjudicação.

Com efeito, pese embora a entidade adjudicante goze de discricionariedade na escolha do critério de adjudicação e dos respectivos factores e eventuais subfactores e suas ponderações, sobressai que, na elaboração do modelo de avaliação das propostas, não foi acolhida a disciplina veiculada pelos n.ºs 2 a 5 do art.º 139.º do mesmo CCP.

E, muito particularmente, que, para cada um dos subfactores do factor *Valia Técnica da Proposta*, não se definiu “ (...) uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor”, conforme prescreve o n.º 3 do citado art.º 139.º.

O legislador procura neste domínio garantir que a elaboração do modelo de avaliação das propostas se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, assinalados no final da parte I do presente relatório.

Nesta linha, a escolha do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa impõe que a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedeça aos termos das disposições acima invocadas do CCP, sendo, pois, este o critério jurídico decisivo a ter em conta na situação que nos ocupa, à luz do qual a questão de direito deve ser solucionada.

Assume, por isso, importância o facto de, para a atribuição das pontuações parciais nos subfactores em causa, o modelo aludir simplesmente a uma escala estruturada com recurso a expressões, no que concerne aos subfactores *Memória Descritiva*, *Programa de Trabalhos* e *Adequação dos Planos de Mão-de-Obra e de Equipamentos ao Plano de Trabalhos*, tais como “incompleta”, “completa”, “genérica”, “simplificada”, “deficiente articulação”, “correctamente elaborada” e “desenvolvida”.

Por isso não vingam o argumento da CMM de que aquelas expressões “ (...) atendidas no computo geral da densificação de cada um dos sub-factores, conforme resulta dos pontos 3.1 a 3.3 do Modelo de Avaliação das Propostas, as mesmas são contextualizadas, cumprindo os preceitos normativos”, pois a ideia que se pode formular acerca daquele modelo de avaliação é a de que os paradigmas de referência adoptados são vagos e genéri-



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

cos, e não abonam a favor de uma avaliação objectiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objectiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Por aqui a entidade adjudicante poderá efectivamente escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e, portanto, permitem que ela escolha quem quiser.

Quer dizer, faltou definir, clara e previamente, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitisse a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, em sintonia com o disposto na norma do n.º 5 do art.º 139.º do CCP, cujos termos estipulam que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da “*expressão matemática*” ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação dos respectivos atributos com o conjunto ordenado referido no n.º 3 do mesmo art.º 139.º.

Omissão que impediu que ficasse claro qual o trajecto seguido pelo júri para fazer corresponder à proposta do concorrente “*Somague – Engenharia Madeira, S.A.*”, nos citados subfactores *Memória Descritiva, Programa de Trabalhos e Adequação dos Planos de Mão-de-Obra e de Equipamentos ao Plano de Trabalhos*, a pontuação de 1 a 10 pontos, com remissão apenas para as expressões “*incompleta*”, “*completa*”, “*genérica*”, ou “*correctamente elaborada*”, assim como no que toca ao raciocínio desencadeado para efeitos de atribuição da pontuação aos demais concorrentes nos mesmos subfactores, porquanto se colocam exactamente as mesmas incertezas.

Tem-se assim por relevante que a entidade adjudicante tinha a obrigação de explicitar no modelo de avaliação as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conhecimento aos concorrentes no programa do concurso, conforme determinam os art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, do CCP, cuja violação determina a anulabilidade do acto final de adjudicação, nos termos do art.º 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato, nos termos do citado art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

III – DECISÃO

À luz dos fundamentos de recusa de visto, enunciados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, as ilegalidades decorrentes da violação das normas assinaladas no ponto 4. I e II do presente relatório, designadamente das que regulam o concurso público acolhidas no CCP, previstas nos art.ºs 130.º a 148.º, mais concretamente nos art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, também do CCP, bem como dos princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais, emergentes do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e do artigo 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro), pode constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada alínea c), por se mostrarem, pelo menos em abstracto, susceptíveis de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato.

No entanto, o n.º 4 do mesmo art.º 44.º, permite que, nestes casos, o Tribunal de Contas, em decisão fundamentada, conceda o visto acompanhado de recomendações.

Pelo exposto, não se mostrando que houve uma alteração do resultado financeiro do contrato, o que, em ponderação conjunta com a circunstância de a CMM não ter sido objecto de qualquer recomendação anterior relativamente às ilegalidades agora apuradas, decide-se, com os pareceres favoráveis da Digníssima Magistrada do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato em apreço, recomendando que, no futuro:

1. A CMM, quando lançar concursos públicos, se cinja ao estrito cumprimento das normas que regulam esse procedimento consagradas no CCP, previstas designadamente nos art.ºs 130.º a 148.º, não introduzindo, designadamente, exigências ilegais que restrinjam a concorrência, e
2. Respeite escrupulosamente o disposto nos art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, também do CCP, explicitando, em concreto, no modelo de avaliação das propostas, quando opte pelo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dê conhecimento aos concorrentes no programa do concurso.

São devidos emolumentos, no montante de 1 495,00€.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 15 de Setembro de 2011.

O JUIZ CONSELHEIRO

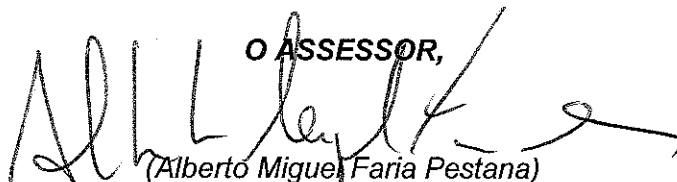


(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,

Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso
(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,



(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui presente, por vídeo-conferência

A Procuradora-Geral Adjunta,

(*Maria Joana Marques Vidal*)

Processo n.º 86/2011 – Câmara Municipal de Machico