

1



DECISÃO N.º

74

2022-FP/SRMTC

Data: 20/09/2022

Processo de F. P. N.º 43/2022

Relator: Juiz Cons.º Paulo H. Pereira Gouveia



Processo de fiscalização prévia n.º 43/2022

Decisão n.º 74/2022-FP/SRMTC

## I – INTRODUÇÃO

Vem submetido a fiscalização prévia da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas:

-o contrato da empreitada para reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente – 2022 outorgado, a 18 de maio de 2022, entre o Município de São Vicente e a empresa AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., pelo preço contratual de 2 730 299,80€ (s/IVA).

As alegações produzidas pela câmara municipal constam do presente processo, encontrando-se o seu essencial no Relatório n.º 14/2022/FP/FS.

\*

Nada impede o conhecimento do objeto deste processo.

\*

## II – FUNDAMENTOS

### II.1 – FUNDAMENTOS DE FACTO: os factos apurados

a) Em sede de verificação preliminar do processo de fiscalização prévia em apreço foi o Município de São Vicente, em 8 de julho p.p.<sup>1</sup>, instado a, entre outros aspetos:

– Demonstrar que os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados na cláusula 14.ª, n.º 1, alíneas c), d) e e), do programa do concurso limitado por prévia qualificação que antecedeu a celebração do contrato vertente, respeitam o princípio da proporcionalidade, tal como expresso no n.º 3 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos, porque se afiguram desadequados em relação ao objeto contratual, bem como que os mesmos não foram estabelecidos de modo a colidir ou a limitar os princípios da concorrência e da igualdade [*vide* a al. b) do nosso ofício], e

– Informar se já foi proferida decisão no âmbito da ação de contencioso pré-contratual instaurada no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, que corresponde ao processo n.º 63/22.8BEFUN, enviando-se, em caso afirmativo, cópia da mesma [*vide* a al. d) do nosso ofício], ação que foi instaurada pela TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., pela FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e pela TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., contra o Município de São Vicente, onde peticionaram o seguinte:

---

<sup>1</sup> Cf. o nosso ofício n.º 1945/2022.



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

*a) Ser declarada a ilegalidade das disposições contidas nas Cláusulas 13.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup> e 33.<sup>a</sup> do Programa do Procedimento, tudo com as legais consequências;*

*b) Ser declarada a ilegalidade do Ato Administrativo de Exclusão da Candidatura das Autoras, bem como do Contrato de Empreitada que, entretanto, venha a ser outorgado ou de quaisquer atos posteriores do Procedimento;*

*Consequentemente,*

*c) Deve o Réu ser condenado a praticar todos os atos necessários à restituição da legalidade do procedimento, entre os quais, lançar novo procedimento expurgado das normas ilegais atacadas, tudo com as legais consequências.”*

*b) Para efeitos de resposta à questão colocada na alínea b) do nosso ofício, a Edilidade, no dia 28 do mesmo mês<sup>2</sup>, remeteu para os fundamentos constantes da contestação da referida ação de contencioso pré-contratual (vide o Anexo I ao Relatório n.º 14/2022/FP/FS), nos seguintes termos: “(…) sendo que para efeitos de resposta a esta alínea das alegações e das alegações de recurso que seguem em anexo a este ofício e que aqui devem ser considerados reproduzidos para todos os efeitos legais e como fazendo parte integrante do procedimento”.*

*c) No tocante à questão colocada na alínea d), informou que já foi proferida sentença, tendo enviado em anexo cópia da mesma, a qual julgou a ação “procedente e, consequentemente, declara-se a ilegalidade da cláusula 14.<sup>a</sup>, n.º 1, als. c), d) e e) do programa do procedimento, anulam-se os termos subsequentes do procedimento e condena-se a Entidade Demandada a reconstitui-lo sem reincidir na dita ilegalidade”.*

*d) Mais aduziu o Município que recorreu da respetiva decisão, conforme decorre da peça processual que também remeteu (vide o Anexo II do Relatório).*

*e) Para além da questão controvertida que acima se deixou antever, o presente processo de fiscalização prévia suscitou ainda uma outra dúvida que necessitou ser esclarecida, que se prende com o facto de o Município de São Vicente ter exigido, na mesma cláusula 14.<sup>a</sup> do programa do concurso limitado por prévia qualificação, especificamente no n.º 1, que “[n]o caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devem cumprir individualmente com os (...) requisitos mínimos de capacidade financeira”, e na cláusula 33.<sup>a</sup> da mesma peça, que, “[n]o caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.<sup>a</sup>, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente (...)”.*

*f) Na sequência do meu Despacho n.º 14/2022-FP/SRMTTC de 26 de agosto, solicitou-se ao Município de São Vicente que fundamentasse legalmente as exigências plasmadas nas citadas cláusulas 14.<sup>a</sup>, n.º 1, e 33.<sup>a</sup>, clarificando-se, designadamente, em que termos é que os requisitos de capacidade financeira eram de tal modo relevantes que tinham de ser preenchidos por todos os membros dos consórcios/agrupamentos candidatos, ou*

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



que o membro ou um dos membros com maior participação preenchesse individualmente os requisitos de capacidade técnica, isto face à natureza e ao conteúdo das prestações a adjudicar.

g) Em resposta a esta questão o Município de São Vicente disse que<sup>3</sup>:

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

“5. (...) relativamente à exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira a entidade cumpriu com o legalmente previsto, dispôs de forma diferente no programa do concurso, definindo como seriam cumpridos os requisitos mínimos de capacidade financeira no caso de agrupamento de candidatos.

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

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

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

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

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

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



e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiras da pandemia da Covid 19, que provocaram um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.

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

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

13. A entidade adjudicante goza de discricionariedade e liberdade, com respeito pelas normas legais e princípios previstos no CCP, na fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira (vide alínea h) do n.º 1 e 4 do artigo 164.º e artigo 165.º do CCP), que foi efetivamente o que fez.

14. Goza, igualmente, de discricionariedade no modo como pretende que os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira devem ser preenchidos no caso de agrupamentos concorrentes.

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

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

17. Como já foi supra referido, a conveniência e os fundamentos subjacentes à fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, estão suficientemente invocadas e fundamentos por remissão para os articulados apresentados na ação administrativas que integram as anteriores respostas apresentados neste processo de fiscalização prévia.

18. Fundamentos esses, cuja relevância é extensível à opção pelo modo do respetivo preenchimento, prevista no PP, no caso de o concorrente ser composto por um agrupamento.

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

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

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



h) A abertura do concurso limitado por prévia qualificação com vista a adjudicação da empreitada para a reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente – 2022 foi proposta pelo Presidente da edilidade<sup>4</sup> à Câmara Municipal de São Vicente no dia 7 de fevereiro passado.

i) A Câmara Municipal, reunida em sessão ordinária de 10 de fevereiro de 2022, aprovou e autorizou, por unanimidade, a abertura do procedimento assim proposto, a par das respetivas peças<sup>5</sup>, tendo o anúncio sido publicado no Diário da República, II Série, n.º 31, de 14 de fevereiro.

j) Nos termos do caderno de encargos aprovado:

i. O procedimento teve por objeto a “reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente - 2022” (vide os n.ºs 1 e 2 da cláusula 1.ª);

ii. O contrato deveria ser executado em 365 dias (vide a cláusula 6.ª, n.º 1), e

iii. O preço base foi fixado nos 2 750 312,34€ (s/IVA) (vide a cláusula 36.ª, n.º 1).

k) Segundo a cláusula 17.ª do programa do procedimento, a qualificação dos candidatos assentaria no modelo simples de qualificação e todos os candidatos que preenchessem os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira seriam qualificados e convidados a apresentar proposta.

l) Os requisitos mínimos de capacidade técnica foram assim definidos:

**“Cláusula 13.ª**

**Requisitos Mínimos de Capacidade Técnica dos Candidatos**

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

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

➤ 1ª subcategoria da 2ª categoria, classe 6;

➤ 11ª subcategoria da 2ª categoria, classe 6;

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

➤ O valor contratual de cada uma das 2 empreitadas deverá ser igual ou superior a 2.750.000,00€;

➤ Cada uma das 2 empreitadas deverá ter prevista a execução de pelo menos 70.000 m<sup>2</sup> de camada de desgaste betuminosa.

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

<sup>4</sup> Cfr. a proposta n.º 32/PCM/2022.

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



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

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

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

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

(i) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Qualidade, segundo a norma NP EN ISO 9001:2015;

(ii) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão Ambiental, segundo a norma NP EN ISO 14001:2015;

(iii) Certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Segurança e Saúde do Trabalho, segundo a norma ISO 45001:2018;

(iv) Garantir que os inertes e misturas betuminosas a aplicar na empreitada serão produzidas em centrais de produção certificadas por entidades acreditadas, em conformidade com as respetivas normas europeias harmonizadas, através dos documentos exigidos no ponto iv) da alínea d) da cláusula 15<sup>a</sup>.

2. O cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica será aferido pelos documentos exigidos na cláusula 15<sup>a</sup>”.

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



**“Cláusula 14.ª**

**Requisitos Mínimos de Capacidade Financeira dos Candidatos**

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

a) Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2020;

b) Um volume de negócios médio (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5.500.000,00€, conforme forma de cálculo constante no **Anexo 6** do presente Programa de Procedimento;

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

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

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

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

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

n) Especificamente sobre o **“Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de candidatos”**, ordenava a cláusula 33.ª [oficiosamente retificada pela entidade adjudicante – vide a alínea r) deste ponto do Relatório], que **“No caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica indicados nas cláusulas 13.ª, desde que o membro ou um dos membros com maior participação o preencha individualmente e que preenche os requisitos mínimos de capacidade financeira previstos na cláusula 14.ª quando todos os membros os preenchem individualmente”**.

o) Para efeitos de qualificação dos candidatos, a sua candidatura tinha de apresentar os documentos elencados na cláusula 15.ª:

**“Cláusula 15.ª**

**Documentos Destinados à Qualificação dos Candidatos**

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

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





12

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

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

No caso de adjudicatário ou subcontratado nacional de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio, que não seja titular de alvará ou certificados suprarreferidos, devem cumprir com disposto no n.º 4 do artigo 3.º da Portaria n.º 37212017, conjugado com o artigo 22.º da Lei n.º 41/2015 de 3 de junho, ou seja, apresentar, em substituição daqueles documentos, uma declaração emitida pelo IMPIC, I.P. comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a celebrar por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou certificado de obras públicas, contendo as habilitações exigidas na alínea h) da cláusula 6.ª.

b) *Referente à experiência curricular do candidato:*

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

c) *Referente à equipa técnica do candidato:*

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

d) *Referentes às certificações do candidato:*

i. Cópia do certificado emitido pela entidade acreditada no âmbito do Sistema de gestão da Qualidade segundo a norma NP EN ISSO 9001:2015;

ii. Cópia do certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão Ambiental, segundo a norma NP EN ISO 14001:2015;

iii. Cópia do certificado emitido por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Segurança e Saúde do Trabalho, segundo a norma ISO 45001:2018;

iv. Cópia dos certificados da central de produção de inertes, argamassas, betões e misturas betuminosas a aplicar na obra que atestem que as respetivas produções cumprem com a norma NP EN 206-1:2007 (Emenda 1:2008; Emenda 2:2010) e EN 13108-1:2006 + EN 13108-1:2006/AC:2008, respetivamente ou equivalente. Na eventualidade de o candidato não ser o respetivo titular, declaração do fabricante/titular dos certificados de que se compromete, incondicionalmente, a fornecer os materiais em causa, acompanhada das cópias dos certificados.

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



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

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

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

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

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

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

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

p) *Foi definido como critério de adjudicação "o do preço mais baixo, conforme estipulado na alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP", i.e., a avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar, de acordo com a cláusula 21.ª, n.º 1, do programa do procedimento, encontrando-se o critério de desempate definido no n.º 2 da mesma cláusula, relacionado com o preço mais baixo em diferentes pontos do mapa de quantidades.*

q) *No dia 16 de fevereiro de 2022, no âmbito e ao abrigo do art.º 50.º do Código dos Contratos Públicos, que tem como epígrafe *Esclarecimentos, retificação e alteração das peças do procedimento*, veio a TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., que veio a integrar o agrupamento candidato constituído pelas empresas FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., "[a]pós análise dos elementos disponibilizados para qualificação/concurso (...)", "(...) questionar se os valores indicados na cláusula 14.ª do Programa de Procedimento referentes aos requisitos mínimos de capacidade financeira, nas alíneas a) a e) do ponto 1 da referida cláusula se encontram corretos, uma vez que, da nossa experiência em Concursos Limitados por Prévia Qualificação nunca nenhum Dono de Obra solicitou o cumprimento de rácios desta ordem de grandeza.*

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

*Autonomia Financeira igual ou superior a 25%*

*Liquidez Geral igual ou superior a 1,30*

*Solvabilidade Financeira igual ou superior a 100%*

*O que contrasta com os valores agora solicitados A saber:*



*Autonomia Financeira igual ou superior a 60%*

*Liquidez Geral igual ou superior a 4,0*

*Solvabilidade Financeira igual ou superior a 200%*

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

r) Também a RIM - Engenharia e Construções, S.A., no mesmo dia, requereu ao Município de São Vicente que corrigisse o programa do concurso limitado por prévia qualificação na referida cláusula 14.<sup>a</sup>, na medida em que entendia o seguinte:

**“(I) Breve Enquadramento:**

1. *A empreitada em questão não tem qualquer caracter de complexidade técnica pois trata-se na sua maioria de repavimentação de arruamentos já existentes.*

2. *O valor base da empreitada é de 2.750.312,34€ (Dois milhões setecentos cinquenta mil trezentos doze euros e trinta quatro cêntimos).*

3. *Trata-se de um concurso limitado por prévia qualificação.*

4. *Uma vez escolhido este tipo de procedimento, a entidade adjudicante goza de uma relevante margem de discricionariedade na definição dos requisitos mínimos de capacidade a aplicar. Contudo discricionariedade não equivale a arbitrariedade.*

5. *No caso da contratação pública identifica-se sempre, de um lado, a necessidade aquisitiva a satisfazer o interesse público concretamente identificado, a par de outras vinculações a que as entidades adjudicantes estão sujeitas, como os princípios da economia, eficiência e eficácia e, de outro, os princípios da transparência, de igualdade e da concorrência (cfr. Artigo 1.º A n.º 1 do Código dos Contratos Públicos).*

6. *Em especial no caso do concurso limitado, o legislador foi expresso em indicar os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que têm de ser adequados à natureza das prestações do objeto do contrato a celebrar, mas além desta adequação os requisitos a definir devem igualmente obediência ao princípio da proporcionalidade, na vertente da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito.*

7. *Para o efeito definiu os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira de acordo com cláusula 13.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup> do programa de procedimento.*

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

*Senão vejamos,*

*(...)*

<sup>6</sup> Para além da cláusula 13.<sup>a</sup>, mas sobre a qual não nos debruçaremos no presente contexto, porque as exigências aí vertidas não se afiguram ser tão desproporcionais como as fixadas na cláusula 14.<sup>a</sup>.



15. As alíneas c), d) e e) dos requisitos mínimos de capacidade financeira são completamente absurdos, pondo em causa o princípio da proporcionalidade, na vertente da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito.

16. Ora a saber, ainda recentemente foi lançada na Região uma empreitada cujo valor base era de 7.025.000,00€ com uma complexidade muitíssimo superior e nada comparável à presente.

17. Os requisitos mínimos financeiros a cumprir, para os anos 2017,2018 e 2019 foram:

- Um resultado líquido positivo à data de 31 de dezembro de 2019 que é igual ao solicitado neste procedimento.

- Um volume de negócios (média aritmética) referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, igual ou superior a 12.500.000,00€, sendo que neste procedimento são solicitados 5.500.000,00€, em linha de conta com este. –

- Uma autonomia financeira média (média aritmética) referente aos exercícios de 2017, 2018, 2019, igual ou superior a 20%, sendo que neste procedimento é solicitado 60 %, ou seja, três vezes superiores a este

- Uma liquidez geral média (media aritmética) referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, igual ou superior a 1.2, sendo que neste procedimento é solicitado 4.0, ou seja, quase quatro vezes mais de que este !!!!

- Solvabilidade geral positiva igual ou superior a 25%o à data de 31 de dezembro de 2019, sendo que neste procedimento é solicitado 200%, ou seja, oito vezes superior este !!!!!!!

18. Verifica-se assim, que a exigência plasmada na alínea c), d) e e) da cláusula 14.<sup>a</sup> é completamente absurda e excessiva face à finalidade por ela pretendida.

19. Constatamos ainda que a alternativa apresentada pelo Município ao preenchimento dos requisitos financeiros é a apresentação de declaração bancária, que é completamente desajustado ter de realizar um depósito prévio no valor da empreitada apenas para poder apresentar candidatura ao presente procedimento.

20. A verificação da enorme incongruência incorrida, determina que o Município de São Vicente, proceda à sua retificação, nos termos do artigo 50 do n.º 7 do CCP. Com esta retificação permite-se uma exigência quantitativamente distinta, necessária, adequada e razoável à finalidade pretendida, de obtenção de uma garantia da capacidade técnica e financeira dos concorrentes que venham a ser qualificados e convidados a apresentar proposta.

#### **Da formação de consórcios,**

21. Podemos afirmar que a exemplo de outros procedimentos públicos da mesma natureza na Região basta uma das empresas possuir a experiência solicitada para que o consórcio beneficie dessa mesma experiência. O que aqui não se verifica!

22. Questionamo-nos quantas empresas existem na Região que consigam preencher os requisitos aqui solicitados?”

r) O Presidente do Executivo do Município de São Vicente, nesta sequência, apresentou uma proposta<sup>7</sup> a discussão e votação na reunião de Câmara de 24 de fevereiro de 2022, sendo que a mesma foi aprovada por unanimidade<sup>8</sup>. Assim:

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

<sup>8</sup> Pela Deliberação n.º 39/2022.



I. Dos esclarecimentos

(...)

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

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

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

II. Dos erros e omissões do programa do procedimento

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

3.1. Onde se lê:

«Cláusula 33.ª

*Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos*

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

Deverá ler-se:

«Cláusula 33.

*Preenchimento dos Requisitos Mínimos por Agrupamentos de Candidatos*

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

s) Apresentaram candidaturas as empresas AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., RIM - Engenharia e Construções, S.A., e o agrupamento constituído pelas firmas TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., pela FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e pela TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A..

t) Após a análise das candidaturas, o júri elaborou o relatório preliminar a 25 de fevereiro, no qual propôs, por unanimidade:

- A qualificação da candidata AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.,
- A exclusão da RIM - Engenharia e Construções, S.A., com fundamento na al. e) do n.º 2 do art.º 184.º do Código dos Contratos Públicos, por falta de apresentação de todos os documentos de qualificação exigidos no programa do procedimento, e com fundamento



na al. l) do n.º 2 do mesmo art.º 184.º, por não preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade financeira definidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª do mesmo programa, designadamente o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%, pois ficou-se nos 29,86%; o da liquidez geral média (média aritmética), referente aos mesmos exercícios, igual ou superior a 4,0, que se ficou nos 1,56, e o da solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020, visto ter indicado 63,04%, e

– A exclusão do agrupamento constituído pelas empresas TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., FARROBO, Sociedade de Construções, S.A. e TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., com fundamento nas citadas als. e) e l) do n.º 2 do art.º 184.º do CCP, porque também não apresentou todos os documentos de qualificação elencados no programa do concurso limitado por prévia qualificação, nem preencheu os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados nas mesmas alíneas c), d) e e) do n.º 1 da cláusula 14.ª desta peça processual. Em concreto, o requisito da autonomia financeira média (média aritmética), referente aos exercícios de 2018, 2019 e 2020 igual ou superior a 60%, tendo este ficado, no que concerne a cada uma daquelas firmas, nos 56,07%, 8,70% e 69,02%; o requisito da liquidez geral média (média aritmética), referente aos mesmos exercícios, igual ou superior a 4,0, que se ficou nos 2,09, 1,33 e 2,90, respetivamente, e o da solvabilidade geral positiva, igual ou superior a 200%, à data de 31 de dezembro de 2020, cifrados nos 117,49%, 5,79% e 204,71%.

u) Tendo em conta a deliberação do júri de propor a sua exclusão, veio este agrupamento candidato, em sede de audiência de interessados, “(...) *requerer a admissão da candidatura apresentada, devendo ser elaborado Relatório Final a que se refere o artigo 186.º do CCP, em que proponha a sua admissão*”, após rebater profusamente os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira definidos pelo Município de São Vicente, pondo essencialmente em causa a sua proporcionalidade face ao objeto do contrato a celebrar.

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

“2.2. *O prazo de execução do contrato e de 365 dias e refere-se à reparação de pavimentos betuminosos em vários arruamentos municipais do Concelho de São Vicente;*

2.3. *O valor base desta empreitada e de 2.750,312,34 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil, trezentos e doze euros e trinta e quatro cêntimos);*

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

Senão vejamos:

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



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

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

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

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

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

2.11. Foi exigido um volume de negócios médio (média aritmética), referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2020, igual ou superior a 5,500.000,00 €, o que não excede o dobro do valor do contrato, em observância do disposto no n.º 3 do art.º 165.º do CCP;

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

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

(...)

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

(...)

2.28. Depois, porque se compreende que a Câmara Municipal de São Vicente quisesse assegurar que só pudesse concorrer quem tivesse a capacidade necessária, em termos de recursos



humanos e financeiros, que lhe garantisse o correto cumprimento do objeto do contrato, e parece-nos claro que essa garantia podia ser melhor prestada por operadores económicos que desenvolvam atividade no mercado com os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira estipulados no Programa do Procedimento;

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

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

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

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

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

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

w) Nesse ensejo, deliberou o Executivo Camarário<sup>9</sup>, a 17 de março de 2022, em conformidade com o proposto no relatório final da fase de qualificação, qualificando a AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., e convidando-a a apresentar proposta, e excluindo a RIM - Engenharia e Construções, S.A., e o agrupamento integrado pela TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., pela FARROBO, Sociedade de Construções, S.A., e pela TECNOVIA – Sociedade de Empreitadas, S.A., tendo todos os candidatos sido notificados em simultâneo do teor dessa deliberação.

x) A 22 de abril de 2022, o júri elaborou o relatório de análise da proposta apresentada pela AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., tendo proposto a respetiva adjudicação, o que aconteceu por deliberação unânime da Câmara Municipal de São Vicente

<sup>9</sup> Deliberação n.º 47 na ata da sexta reunião de 2022.





reunida a 28 de abril de 2022<sup>10</sup>, tendo o contrato ora submetido a fiscalização prévia sido celebrado no dia 18 de maio subsequente.

y) O agrupamento excluído em sede de qualificação do candidatos, porque em desacordo com os fundamentos que originaram essa exclusão, intentou a já referida ação de contencioso pré-contratual no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal a 25 de março de 2022, que corresponde ao processo n.º 63/22.8BEFUN, contra o Município de São Vicente, tendo sido a ação julgada procedente e ainda declarada “a ilegalidade da cláusula 14.ª, n.º 1, als. c), d) e e) do programa do procedimento”; anulados “os termos subsequentes do procedimento e” condenada “a Entidade Demandada a reconstitui-lo sem reincidir na dita ilegalidade”.

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

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

\*

## II.2 – FUNDAMENTOS DE DIREITO: aplicação do Direito aos factos apurados

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

A)

Vejam, pois, se os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados na cláusula 14.ª n.º 1 alíneas c), d) e e) do referido programa, são ou não excessivos em relação ao exigível por causa do objeto contratual, não observando o princípio da proporcionalidade nos termos consagrados no n.º 3 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos<sup>11</sup> (e também expressamente previsto no n.º 1 do art.º 1.º-A do mesmo Código, no n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa e no art.º 7.º do Código do Procedimento Administrativo).

Os princípios jurídicos são comandos jurídicos a concretizar na maior medida possível em cada situação concreta, pela jurisprudência ou doutrina jurídica e especialmente pela jurisprudência dos tribunais, utilizando-se para tal os postulados da proporcionalidade e da igualdade, por força de uma regra ou metaprincípio que o determina. O chamado princípio da proporcionalidade, tal como a igualdade quando utilizada como máxima metódica, não é um verdadeiro princípio normativo; é uma regra ou máxima metódica e um postulado

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

<sup>11</sup> “3 - Os requisitos mínimos de capacidade financeira a que se refere o n.º 4 do artigo anterior não podem exceder o dobro do valor do contrato, salvo em casos devidamente justificados, designadamente quando se prenda com os riscos especiais associados à natureza do contrato, e devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar.”



concretizador das normas que sejam princípios jurídicos e até um postulado de aplicação das normas que sejam regras jurídicas, tendo-se presente que o Direito em geral e cada ordem jurídica em particular resultam de uma pretensão de ordem, de segurança e de igualdade numa dimensão real-social ou factual.

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

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

2º - prossecução do interesse coletivo (artigo 266.º n.º 1 da CRP),

3º -sã concorrência do mercado no acesso à contratação pública,

4º -igualdade de tratamento,

5º -publicidade e transparência,

6º -proporcionalidade ou proibição do excesso, seja como norma de ação, seja como norma de controlo<sup>12</sup>, e

7º -imparcialidade administrativa.

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

Ora, o programa do procedimento corporiza o regulamento administrativo que define os termos a que deve obedecer a fase de formação do contrato público (cfr. o art.º 41.º do Código dos Contratos Públicos), programa que, no caso do concurso limitado por prévia qualificação, deve conter os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira que os candidatos devem preencher (cfr. os art.ºs 164.º n.º 1 al. h), 165.º n.º 1, 164.º n.º 4 e 165.º n.ºs 3 e 4 do Código dos Contratos Públicos), requisitos esses a aferir na fase de qualificação (cfr. os art.ºs 184.º e ss. do mesmo diploma).

O citado art.º 165.º n.º 1 estatui que os “(...) [r]equisitos mínimos de capacidade técnica (...) [d]evem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:

- a) À experiência curricular dos candidatos;
- b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;

<sup>12</sup> Cf. VITALINO CANAS, *Discrecionabilidade, Vinculação, Proporcionalidade*, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, pp. 23-38.



c) Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade;

d) À capacidade dos candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar”.

Por sua vez, o n.º 3 do mesmo art.º 165.º dispõe que “[o]s requisitos mínimos de capacidade financeira a que se refere o n.º 4 do artigo anterior não podem exceder o dobro do valor do contrato, salvo em casos devidamente justificados, designadamente quando se prenda com os riscos especiais associados à natureza do contrato, e devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar”.

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

Como assinala PEDRO COSTA GONÇALVES a esse propósito<sup>13</sup>, “[a] formulação de requisitos mínimos de candidatura corresponde, em termos práticos, a um poder de que dispõem as entidades adjudicantes para definirem as condições administrativas de acesso aos operadores económicos a um mercado (em concreto, ao «mercado específico» delimitado pelo procedimento). Trata-se, além disso, de condições administrativas de carácter assumidamente restritivo por relação às condições legais de exercício da atividade a que o contrato se reporta: as entidades adjudicantes são autorizadas, por esta via, a vedar o acesso ao mercado (o «mercado específico») um operador económico que satisfaz todas as condições legais e oficiais para nele prestar serviços ou vender produtos. Estamos, pois, em face de uma espécie de condicionamento ad hoc, determinado caso a caso, por cada entidade adjudicante. Não é preciso acrescentar mais considerações para se perceber que se impõe, neste campo, a delimitação de limites jurídicos ao exercício do poder de formulação das condições administrativas de acesso ao procedimento de adjudicação de contratos públicos”.

Assim, prossegue<sup>14</sup>, “[...] de um modo geral, a formulação dos requisitos de capacidade tem de respeitar os princípios gerais da contratação Pública e os princípios de Direito Administrativo, designadamente os princípios da concorrência e da proporcionalidade (a exigência de adequação, uma dimensão do princípio da proporcionalidade, está de resto inscrita logo no n.º 1 do artigo 165.º): não podendo ser desproporcionados (exagerados, abusivos e desadequados) em face da natureza e do tipo de prestações a executar, os requisitos mínimos de participação também não podem ser formulados de modo a ter por efeito a restrição, limitação ou falseamento da concorrência”.

E, “como se conclui no Acórdão do TCAS de 24/05/2018, 1647/17 IBESNT<sup>15</sup>, «[a] fixação de requisitos mínimos de capacidade financeira dos candidatos ao concurso, traduzindo se no exercício de uma atividade discricionária, não é arbitrária, estando sujeita ao controlo da legalidade dos tribunais. Estão em causa requisitos mínimos que têm de ser preenchidos pelos candidatos ao concurso limitado por prévia qualificação, cuja fixação estabelece uma exigência técnica e/ou financeira que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência, assumindo-se como um fator limitativo de concorrência no caso de se estabelecer como requisitos mínimos exigências que não relevam para o objeto do contrato a celebrar ou que não sejam

<sup>13</sup> In *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, Almedina, 2021, pág. 743.

<sup>14</sup> In *op. cit.*, págs. 743 e 744.

<sup>15</sup> In <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/dac05358117f5661802582b4003b9c01?OpenDocument>,



necessárias face à natureza das prestações a contratar, sendo inadequados ou desproporcionados”.

No mesmo sentido, veja-se JORGE ANDRADE DA SILVA<sup>16</sup>: “[a] fixação dos requisitos mínimos, sendo discricionária, não é arbitrária. Essa fixação, exatamente por respeitar a requisitos mínimos, estabelece desde logo uma fasquia de exigência técnica e/ou financeira que afasta da adjudicação quem não obedeça a esse grau mínimo de exigência. Portanto, é um fator de limitação da concorrência. Por isso, (...) erigir requisitos mínimos inadequados ou desproporcionados, constitui uma viciação das regras da concorrência, pois seria uma forma indireta de discriminação. O que ofende (...) valores da necessidade, proporcionalidade, adequação e concorrência, colocando em crise a validade da respetiva decisão e da própria decisão de escolha do procedimento” (Sublinhado nosso).

Por último, PEDRO DANIEL S. N INÊS<sup>17</sup> advoga que, “No plano procedimental, em homenagem à salvaguarda da iniciativa económica privada, um dos corolários deste princípio em estudo é o dever de a entidade adjudicante não definir requisitos de acesso/exigências ao procedimento em termos tais que conduzam a uma limitação desproporcionada, injustificada e desigualitária (...) quanto ao mercado habilitado a aceder a esse procedimento”

(...)

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

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

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

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

<sup>16</sup> In *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, 9.ª edição revista e atualizada, Almedina, 2021, págs. 551 e 552.

<sup>17</sup> In *Os Princípios da Contratação Pública: O Princípio da concorrência*, CEDIPRE ONLINE I 34, setembro de 2018, págs. 77 e 78, in [https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public\\_34.pdf](https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_34.pdf).



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

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

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

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

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

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

Analisando individualmente cada um dos requisitos mínimos de capacidade financeira acima expostos, e tendo como base as análises económico-financeiras elaboradas anualmente pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (IMPIC, I.P.)<sup>18</sup> em relação a cada um desses anos<sup>19</sup>, temos que, no tocante à:

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

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

E da análise que aquele Instituto realizou aos anos de 2018, 2019 e 2020, resulta que o valor desse rácio foi observado pela maioria das empresas em 50% dos casos analisados,

<sup>18</sup> Entidade que “(...) tem por missão regular e fiscalizar o setor da construção e do imobiliário, dinamizar, supervisionar e regulamentar as atividades desenvolvidas neste setor, produzir informação estatística e análises setoriais e assegurar a atuação coordenada dos organismos estatais no setor, bem como a regulação dos contratos públicos”, nos termos do n.º 1 do art.º 3.º do DL n.º 232/2015 de 13 de outubro.

<sup>19</sup> Cfr. in

[https://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios\\_dados\\_estatisticos/EconFinConstrucao\\_2018.pdf](https://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/EconFinConstrucao_2018.pdf), págs. 19, 20, 23, 27 e 29,  
[http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios\\_dados\\_estatisticos/Econ\\_Fin\\_Construcao\\_2019.pdf](http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Econ_Fin_Construcao_2019.pdf), págs 21, 24, 28 e 30, e  
[https://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios\\_dados\\_estatisticos/Econ\\_Fin\\_Construcao\\_2020.pdf](https://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Econ_Fin_Construcao_2020.pdf), págs. 26, 27, 34 e 37.



pois a média aritmética para esses três anos deveria estar situada entre os 30% e os 60% (estando nos 36%), e aquelas apresentaram uma autonomia financeira superior a 36%.

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

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

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

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

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

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

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

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



e na colocação sinalética em vários arruamentos - e não diferem substancialmente daquelas que são realizadas noutros contratos de empreitada “simples” do mesmo tipo - repavimentação de arruamentos existentes; e ainda porque o prazo de execução da mesma - 365 dias - é relativamente curto.

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

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

B)

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

*“1 - Salvo se o programa do concurso dispuser diferentemente e sem prejuízo do disposto no número seguinte, no caso de o candidato ser um agrupamento, considera-se que preenche os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira, desde que, relativamente a cada requisito:*

- a) *Algum dos membros que o integram o preencha individualmente; ou*
- b) *Alguns dos membros que o integram o preenchem conjuntamente, quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido.*

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

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

Já a al. b) do n.º 1 do art.º 182.º do CCP prevê o cumprimento dos requisitos de capacidade técnica e financeira por “*alguns dos membros que o integram*”, podendo ser



preenchido “conjuntamente, quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido”.

O mesmo é dizer que a lei permite a hipótese de a soma das qualidades ou características dos vários membros ser suficiente para dar como preenchido conjuntamente um requisito que nenhum deles satisfazia individualmente.<sup>20</sup>

O “*princípio do acréscimo ou da adição de capacidade*” admite ainda que candidatos se associem com o propósito de cumprir o requisito de capacidade financeira, ou seja, a “*aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar*”, nas palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA.<sup>21</sup>

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

Assim, se alguns dos membros que integram o agrupamento preencherem conjuntamente os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira, quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido, só poderão não ser admitidos “*se a tal obstar a natureza do requisito exigido, como sucede, nomeadamente, se a natureza dos serviços ou obras a prestar apontar no sentido de a experiência profissional só ser (for) relevante se vivida por uma única entidade. Pense-se por exemplo, ma exigência de experiência profissional na advocacia na área do contencioso administrativo durante três anos. Não podem ser três advogados, cada um com a experiência de um ano de contencioso administrativo, apresentar o mesmo know-how de um advogado experiente no ramo ao longo de três anos*”; conforme defende Ana Gouveia Martins<sup>22</sup>.

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

Com efeito, quando o Município foi ouvido e confrontado com o Despacho n.º 14/2022-FP/SRMTC de 26 de agosto, onde se solicitava que fundamentasse legalmente tais exigências, clarificando, designadamente, em que termos é que a natureza dos requisitos exigidos são de tal modo relevantes que tinham de ser preenchidos por todos os membros dos consórcios/agrupamentos candidatos, no caso da capacidade financeira, ou que o

<sup>20</sup> Conforme sustentam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *in Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, 1.ª edição, Coimbra, Edição Almedina, fevereiro, 2011, pág. 458.

<sup>21</sup> *In op cit*, pág. 460.

<sup>22</sup> No artigo intitulado “*Concurso limitado por prévia qualificação*”, publicado *in Estudos de Contratação Pública - I*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 271.

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





membro ou um dos membros com maior participação preenchesse individualmente os requisitos de capacidade técnica, isto face à natureza e ao conteúdo das prestações a adjudicar, disse que:

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

(...)

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

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

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

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

*10. A exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira no sentido de que, no caso dos candidatos se apresentarem em consórcio, todos os membros do mesmo devam cumprir individualmente com os requisitos mínimos, teve relacionada com os fundamentos já elencados nas demais respostas ao Tribunal de Contas, na qual o Município não pôde descurar as consequências do tecido empresarial da recente crise económica e financeira, em especial a devastação ocorrida no sector da construção civil, que arrastou para a insolvência um relevante número de médias e grandes empresas de construção civil, nunca antes visto, que é do conhecimento público, nem a instabilidade e insegurança no mercado em consequência dos efeitos económicos e financeiras da pandemia da Covid 19, que provocaram um perfeito estado de incerteza quanto ao futuro.*

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



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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

C)

O quadro factual onde se insere a presente contratação revelou, portanto, as ilegalidades de seguida sintetizadas:

a) Os requisitos mínimos de capacidade financeira fixados pela entidade adjudicante na cláusula 14.ª n.º 1 alíneas c), d) e e) do programa do concurso limitado por prévia qualificação violam o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 3 do art.º 165.º do



Código dos Contratos Públicos, por serem excessivos em relação ao objeto contratual, ou, dito de outro modo, “*não foram estabelecidos, pela entidade administrativa que lança o concurso, por referência às características específicas do objeto do contrato que pretende celebrar*”<sup>23</sup>;

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

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

D)

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

À luz dos fundamentos de recusa de visto enunciados nas als. a), b) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, as ilegalidades decorrentes da violação das normas ínsitas aos artigos *supra* invocados, bem como do *retro* aludido princípio, constituem motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada al. c), por se mostrarem, e tal como anteriormente se assinalou, suscetíveis de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato; isto, claro, a configurar-se a hipótese, realista ou provável, de terem afastado do procedimento outros operadores económicos e de terem impedido o Município de São Vicente de admitir outras propostas mais vantajosas para o interesse público financeiro prosseguido pela entidade adjudicante.

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

<sup>23</sup> Nesse sentido o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25 de março de 2010, proferido no processo n.º 1257/09 in <https://www.contratacao publica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunais-administrativos/Acordao-do-Tribunal-Central-Administrativo-Norte-de-25-de-Marco-de-2010-proc-125709/639/>.



E)

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

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

F)

As infrações financeiras assinaladas (violações dos n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º e do n.º 1 do artigo 182.º do CCP) são imputáveis, nos termos do art.º 61.º n.º 4 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aplicável *in casu* por força do disposto no art.º 67.º n.º 3 do mesmo diploma, aos técnicos que elaboraram as peças do procedimento concursal em causa que padecem das ilegalidades observadas, cuja identificação não sobressai do processo de visto em análise.

Quanto ao Presidente da Câmara Municipal de São Vicente, José António Gonçalves Garcês e aos vereadores Fernando Simão de Góis, Rosa Maria Rodrigues Castanho dos Santos, César Gregório Nóbrega Pereira e Joana Rita Caldeira Martinho dos Santos, que aprovaram as peças do procedimento e autorizaram a abertura do mesmo por deliberação de 10 de fevereiro de 2022 e adjudicaram a celebração do contrato por deliberação de 28 de abril de 2022, não lhes será imputável responsabilidade financeira a coberto do n.º 2 do citado art.º 61.º, também aplicável *ex vi* art.º 67.º n.º 3, pois aquela disposição dispõe que tal responsabilidade apenas recai sobre os membros do executivo nos termos e condições fixadas para a responsabilidade civil e criminal nos n.ºs 1 e 3 do art.º 36.º do Decreto n.º 22257 de 25 de fevereiro de 1933<sup>24</sup>; ou seja, se não tivessem ouvido as estações competentes ou, quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, houvessem adotado resolução diferente; o que se apurou não ter acontecido.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Que dispõe que:

*“São civil e criminalmente responsáveis por todos os atos que praticarem, ordenarem, autorizarem ou sancionarem, referentes a liquidação de receitas, cobranças, pagamentos, concessões, contratos ou quaisquer outros assuntos sempre que deles resulte ou possa resultar dano para o Estado:*

*1.º Os Ministros quando não tenham ouvido as estações competentes ou quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adotado resolução diferente;*

*(...)*

*3.º Os funcionários que nas suas informações para os Ministros não esclareçam assuntos da sua competência em harmonia com a lei”.*

<sup>25</sup> Tendo presente o artigo 9.º do CC e o princípio jurídico estruturante da certeza e segurança jurídica, *estação competente* para os efeitos do artigo 61.º n.º 2 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (aceitando-se como válido e útil o teor desta disposição legal), é o indivíduo - interno ou externo à Administração – ou indivíduos de uma entidade colegial - internos ou externos à Administração – que possam (*por estarem legal e tecnicamente habilitados na matéria*) e devam (*por força de lei, de regulamento, de ato administrativo, de contrato ou de outra forma de vinculação*) esclarecer, informar ou aconselhar o decisor, dispondo para tal de capacidade autónoma de análise e pronúncia. Esta capacidade autónoma de análise e pronúncia face ao decisor pode decorrer da lei, de regulamento, de regras deontológicas, dos usos, da natureza própria das funções, da natureza própria das questões ou, eventualmente, da realidade do caso concreto.



18

Pode ainda vir a ser apurada a responsabilidade de outros intervenientes em sede de processo para o respetivo apuramento, caso seja determinada a sua abertura, designadamente dos funcionários ou agentes que, nas suas informações para a Câmara Municipal de São Vicente, não tenham esclarecido os assuntos da sua competência de harmonia com a lei, conforme previsto no mesmo n.º 4 do art.º 61.º.

G)

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

Esta SRMTC pode, nos termos dos artigos 65.º n.º 9 (e 105.º n.º 1) da LOPTC, relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa quando:

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

Ora, não nos parece haver elementos aqui apurados e apuráveis para dar por preenchidos os pressupostos referidos nas alíneas a) e c).

Com efeito, não temos elementos quanto ao pressuposto da alínea c) e não é de excluir, com a mínima segurança e face ao teor do argumentário utilizado neste processo pela entidade adjudicante, que as atuações objetivamente ilícitas detetadas (violações dos n.ºs 1 e 3 do artigo 165.º e do n.º 1 do artigo 182.º do CCP) possam caber na figura do dolo (direto, necessário ou eventual); embora também possa ser caso de negligência grosseira.

Assim, a possibilidade de aqui relevar as indiciadas responsabilidades financeiras sancionatórias está factual e legalmente afastada.

\*

### III - DECISÃO

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

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

Os emolumentos legalmente devidos são no montante de 20,60 euros.



\*

Registe e notifique (também ao Ministério Público), enviando ainda o Relatório da UAT I e seus Anexos.

Publicite-se oportunamente na *intranet* e no sítio do tribunal na *internet*.

Funchal, R.A.M., 20-09-2022.

O JUIZ CONSELHEIRO

(Paulo H. Pereira Gouveia)

Participei na sessão.

A ASSESSORA

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

Participei na sessão.

O ASSESSOR

(Alberto Miguel Faria Pestana)