

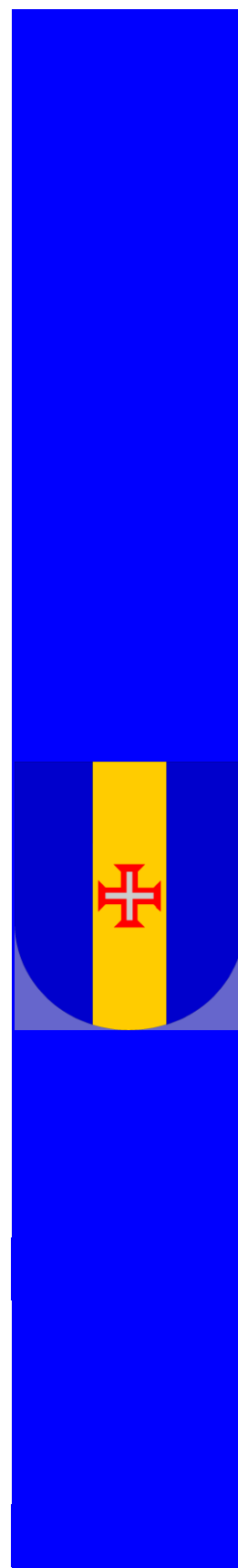


Relatório n.º 15/2012-FP/SRMTC

**Auditoria de fiscalização prévia ao contrato da  
"empregada de construção da rotunda do  
Estreito da Calheta"**

Processo n.º 2/2012 – Aud/FP

Funchal, 2012







**Auditoria de fiscalização prévia ao contrato da  
"empreitada de construção da rotunda do Estreito  
da Calheta"**

**RELATÓRIO N.º 15/2012-FP/SRMTC  
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS**





## Índice

|   |           |
|---|-----------|
| ÍNDICE .....  | 1         |
| RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS .....                                  | 2         |
| FICHA TÉCNICA .....   | 2         |
| <b>1. SUMÁRIO.....</b>  | <b>3</b>  |
| 1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS .....  | 3         |
| 1.2. OBSERVAÇÕES.....   | 3         |
| 1.3. RESPONSABILIDADE FINANCEIRA .....                                  | 4         |
| 1.4. RECOMENDAÇÕES.....   | 4         |
| <b>2. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO .....</b>                                  | <b>5</b>  |
| 2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS .....                               | 5         |
| 2.2. METODOLOGIA .....  | 5         |
| 2.3. AUDIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS .....                                     | 5         |
| <b>3. RESULTADOS DA ANÁLISE.....</b>                                    | <b>7</b>  |
| 3.1. DESCRIÇÃO DOS FACTOS RELEVANTES .....                              | 7         |
| 3.1.1. A exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica .....    | 7         |
| 3.1.2. A Decisão n.º 1/FP/2012, de 4 de janeiro .....                   | 8         |
| 3.2. NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS.....                                      | 14        |
| 3.3. CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES E RESPECTIVO ENQUADRAMENTO LEGAL..... | 14        |
| 3.4. IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS .....                               | 14        |
| 3.5. JUSTIFICAÇÕES APRESENTADAS EM SEDE DE VERIFICAÇÃO PRELIMINAR ..... | 14        |
| 3.6. APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO .....  | 15        |
| 3.7. IDENTIFICAÇÃO DE ANTERIORES CENSURAS/RECOMENDAÇÕES FORMULADAS..... | 18        |
| <b>4. DETERMINAÇÕES FINAIS .....</b>                                    | <b>19</b> |
| <b>ANEXO .....</b>  | <b>21</b> |
| DECISÃO N.º 1/FP/2012, DE 4 DE JANEIRO. ....                            | 23        |

## Relação de Siglas e Abreviaturas

| SIGLA / ABREVIATURA  | DESIGNAÇÃO  |
|----------------------|---|
| <b>AFAVIAS, S.A.</b> | Afavias – Engenharia e Construções S.A.             |
| <b>AL.</b>           | Alinea(s)   |
| <b>ART.º(S)</b>      | Artigo(s)   |
| <b>AUD</b>           | Auditoria   |
| <b>CCP</b>           | Código dos Contratos Públicos                       |
| <b>DL</b>            | Decreto(s)-Lei(s)                                   |
| <b>DLR</b>           | Decreto Legislativo Regional                        |
| <b>DR</b>            | Diário da República                                 |
| <b>FP</b>            | Fiscalização prévia                                 |
| <b>IAS</b>           | Indexante dos Apoios Sociais                        |
| <b>RAMEDM, S.A.</b>  | RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A.                  |
| <b>JC</b>            | Juiz Conselheiro                                    |
| <b>LOPTC</b>         | Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas |
| <b>PL</b>            | Plenário  |
| <b>S</b>             | Secção  |
| <b>SRMTC</b>         | Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas    |
| <b>UAT</b>           | Unidade de apoio Técnico                            |
| <b>UC</b>            | Unidade(s) de Conta                                 |

## Ficha Técnica

| <b>SUPERVISÃO</b>          |                               |
|----------------------------|-------------------------------|
| Miguel Pestana             | Auditor-Coordenador           |
| <b>EQUIPA DE AUDITORIA</b> |                               |
| Alexandra Moura            | Auditora-Chefe                |
| Alice Ferreira*            | Técnica Verificadora Superior |
| Ilídio Garanito*           | Técnico Verificador           |
| Laurentina Faria           | Assistente Técnica            |

\*Em sede de elaboração do anteprojecto de relatório.



## 1. SUMÁRIO

### 1.1. Considerações prévias

O presente documento integra os resultados da auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia, incidente sobre o processo de visto n.º 188/2011, que respeita ao contrato da empreitada de construção da “*rotunda do Estreito da Calheta*”, outorgado, em 4 de outubro, entre a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A. (RAMEDM, S.A.), e a “*AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A.*” (AFAVIAS, S.A.), pelo preço de 461 000,00€ (s/IVA).

### 1.2. Observações

Com base na análise efetuada, cumpre observar, como síntese dos principais aspetos da matéria exposta no presente documento, que:

1. As exigências formuladas às empresas convidadas no âmbito do procedimento de ajuste direto lançado com vista à adjudicação da empreitada de construção da “*rotunda do Estreito da Calheta*”, nomeadamente nas cláusulas inseridas nos pontos 13.9.2 a 13.9.7 do caderno de encargos, são ilegais por violarem o acervo de normas que regulam o referido procedimento, plasmadas no Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>1</sup>, designadamente os art.ºs 112.º a 127.º, assim como os princípios da legalidade e da auto vinculação administrativa, da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade e da transparência, consagrados no art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e no art.º 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro).
2. Contudo, na situação em apreço, a matéria de facto apurada fornece um quadro adequado à relevação da responsabilidade financeira sancionatória, por se encontrarem preenchidos os requisitos enunciados nas als. a) a c) do n.º 8 do art.º 65.º da Lei n.º 98/97, com as alterações introduzidas pelo art.º 1.º da Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, e pelo artigo único da Lei n.º 35/2007, de 13 de agosto.

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

### 1.3. Responsabilidade financeira

Os factos descritos e sintetizados no anterior ponto **1.2.** são suscetíveis de tipificar um ilícito gerador de responsabilidade financeira sancionatória punível com multa, nos termos do disposto no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), na redação introduzida pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, e 3-B/2010, de 28 de abril<sup>2</sup>.

Contudo, na situação em apreço, a matéria de facto apurada fornece um quadro adequado à relevação da responsabilidade financeira sancionatória, por se encontrarem preenchidos os requisitos enunciados nas als. a) a c) do n.º 8 do art.º 65.º da Lei n.º 98/97, com as alterações introduzidas pelo art.º 1.º da Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, e pelo artigo único da Lei n.º 35/2007, de 13 de agosto.

### 1.4. Recomendações

No contexto da matéria exposta no presente relatório e sintetizada nas observações da auditoria, o Tribunal de Contas recomenda à RAMEDM, S.A.<sup>3</sup>, que:

1. Sempre que desencadeie ajustes diretos, dê estrito cumprimento às normas do CCP que regulam esse procedimento e que constam designadamente dos seus art.ºs 112.º a 127.º, garantindo em particular que não são definidas exigências habilitacionais ilegais passíveis de restringir a concorrência;
2. Quando pretenda proceder à qualificação dos concorrentes, recorrendo nomeadamente à imposição de requisitos mínimos de capacidade técnica, adote o concurso limitado por prévia qualificação.

---

<sup>2</sup> Diploma entretanto novamente alterado pelas Leis n.ºs 61/2011, de 7 de dezembro, e 2/2012, de 6 de janeiro.

<sup>3</sup> Em reiteração da recomendação formulada no âmbito da Decisão n.º 1/FP/2012, de 4 de janeiro, que incidiu sobre o processo de visto que consubstanciou o contrato de empreitada que aqui se cuida.





## 2. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO

### 2.1. Fundamento, âmbito e objetivos

No Programa Anual de Fiscalização da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas (SRMTC) para o ano de 2012, aprovado pelo Plenário Geral do Tribunal de Contas, através da Resolução n.º 2/2011 - PG, de 14 de dezembro<sup>4</sup>, foi inscrita a auditoria orientada designada por *auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia*<sup>5</sup>.

Caracterizando-se pelo seu âmbito genérico, a mesma insere-se no Objetivo Estratégico 2 (OE 2), que consiste em “[i]ntensificar o controlo externo sobre os grandes fluxos financeiros, sobre os domínios de maior risco e sobre as áreas de inovação da gestão dos recursos públicos”, e na Linha de Orientação Estratégica 2.5 (LOE 2.5), que se traduz em “[e]xecutar as ações necessárias que visem prevenir e erradicar todos os fatores que contribuam para os significativos desvios financeiros na contratação pública e para o prolongamento sistemático dos prazos inicialmente acordados”, conforme definido no Plano de Ação do Tribunal de Contas para o triénio 2011-2013<sup>6</sup>.

Dando concretização àquela auditoria, foi ordenada, por despacho do Juiz Conselheiro da SRMTC, de 20 de março de 2012, exarado na Informação n.º 28/2012/UAT I, datada de 29 do mesmo mês, a execução da presente ação, que se direciona especificamente ao apuramento de responsabilidades financeiras indiciadas no âmbito do processo de visto n.º 188/2011, respeitante ao contrato da empreitada de construção da “rotunda do Estreito da Calheta”, outorgado, em 4 de outubro, entre a RAMEDM, S.A., e a “AFAVIAS, S.A.”.

### 2.2. Metodologia

No desenrolar dos trabalhos da auditoria, que se consubstanciaram essencialmente na análise e consolidação dos dados coligidos na *supra* mencionada Informação n.º 28/2012/UAT I<sup>7</sup> e na elaboração do relato, foram acolhidos, com as adaptações impostas pelas especificidades próprias desta ação, os métodos e os procedimentos definidos no *Manual de Auditoria e de Procedimentos*<sup>8</sup>, tendo sido igualmente seguidas as determinações constantes do Despacho n.º 1/2012-JC/SRMTC, de 30 de janeiro<sup>9</sup>.

### 2.3. Audição dos responsáveis

Dando cumprimento ao princípio do contraditório consagrado no art.º 13.º da LOPTC, procedeu-se à audição do atual Presidente do Conselho de Administração da RAMEDM, S.A., Francisco António Caldas Taboada, do Presidente daquele órgão executivo à data dos factos, Vítor Cunha Gonçalves, dos Vogais daquele órgão, Isabel Alexandra Soares de Sousa Carvalho e José Manuel Soares Mota, da Coordenadora da Direção de Concessões e Projetos, Nélia Vera Cruz, do Técnico da Direção de Con-

<sup>4</sup> Publicado no DR, 2.ª série, n.º 244, de 22 de dezembro de 2011.

<sup>5</sup> Sob o n.º 26/2011.

<sup>6</sup> Aprovado pelo Plenário Geral, em reunião de 21 de junho de 2010.

<sup>7</sup> A qual continha, em anexo, cópias da Decisão n.º 1/FP/2012, de 4 de janeiro, que recaiu sobre o processo de visto n.º 188/2011, da nota interna em que foi aposto o despacho autorizador da abertura do procedimento de formação do contrato, assim como do relatório final de análise das propostas, no qual foi exarado o despacho de adjudicação da empreitada em causa.

<sup>8</sup> Aprovado por deliberação do Plenário da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, de 28 de janeiro de 1999, e adotado pela SRMTC através do Despacho Regulamentar n.º 1/01-JC/SRMTC, de 15 de novembro de 2001.

<sup>9</sup> Que adapta à SRMTC a Resolução n.º 3/2011-1.ªS/PL do Tribunal de Contas, e estabelece os procedimentos a adotar com vista ao apuramento de responsabilidades detetadas no exercício da fiscalização prévia e da fiscalização concomitante.

cessões e Projetos, Eufrásio Abreu, da Coordenadora do Gabinete Jurídico, Raquel Silva e da Jurista do Gabinete Jurídico, Cátia Viveiros, relativamente ao teor do relato da auditoria<sup>10</sup>.

Dentro do prazo concedido para o efeito, os responsáveis notificados apresentaram as suas alegações em documento conjunto<sup>11</sup>, acompanhado de material probatório<sup>12</sup>, as quais foram tidas em conta na elaboração deste relatório, onde se encontram transcritas na exata medida da sua pertinência, acompanhadas dos comentários julgados adequados.

Quanto ao atual presidente do Conselho de Administração da RAMEDM, o qual apenas foi notificado na qualidade de interessado, enquanto representante daquela empresa, em conformidade com o exigido no n.º 1 do citado art.º 13.º da LOPTC, veio o mesmo invocar que *“não lhe cabe exercer o contraditório, tendo em conta que à data dos factos não exercia qualquer função na «RAMEDM - Estradas da Madeira»”*, isto sem, no entanto, deixar de sublinhar, por já se encontrar no exercício daquelas funções aquando da notificação, em 4 de janeiro de último, da Decisão n.º 1/FP/2012, que esta entidade providenciou de forma imediata pelo acatamento da recomendação ali formulada<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Através dos ofícios do Serviço de Apoio da SRMTC n.ºs 1579 a 1585 e 1598, de 31 de agosto de 2012 (cfr. a Pasta do Processo, págs 44 a 51).

<sup>11</sup> Assinado pelos responsáveis Isabel Alexandra Soares de Sousa Carvalho, José Manuel Soares Mota, Nélia Vera Cruz, Eufrásio Abreu, Raquel Silva e Cátia Viveiros, e remetido em anexo ao ofício registado na SRMTC sob o n.º 2485, de 10 de setembro, e subscrito a posteriori por Vítor Cunha Gonçalves, conforme documento remetido por e-mail à SRMTC nessa mesma data e registado com o n.º 2479, cujo original deu entrada nesta Secção Regional no dia 13 desse mês e a que foi atribuído o registo n.º 2502 (cfr. a Pasta do Processo, págs 57 a 64).

<sup>12</sup> Iguualmente enviado em anexo ao ofício registado na SRMTC sob o n.º 2845 (cfr. a Pasta do Processo, pág 65).

<sup>13</sup> Cfr. o ofício com o registo de entrada n.º 2484, de 10 de setembro (cfr. a Pasta do Processo, págs 54 a 56).



### 3. RESULTADOS DA ANÁLISE

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

#### 3.1. Descrição dos factos relevantes

Para efeitos de sujeição a fiscalização prévia, deu entrada e foi registado na SRMTC, em 3 de novembro de 2011, sob o n.º 188/2011, o processo respeitante ao contrato da empreitada de construção da “rotunda do Estreito da Calheta”, formalizado, em 4 de outubro, entre a RAMEDM, S.A., e a “AFAVIAS, S.A.”, pelo preço de 461 000,00€ (s/IVA).

Do exame que recaiu sobre os documentos instrutórios extraídos daquele processo sobressai a seguinte matéria de facto:

##### 3.1.1. A exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica

O procedimento adotado para a seleção da entidade cocontratante foi o ajuste direto, com fundamento no disposto no art.º 19.º, al. a), e nos art.ºs 112.º a 127.º do CCP, autorizado por deliberação do Conselho de Administração da RAMEDM, S.A., em 10 de agosto de 2011, a qual também aprovou as respetivas peças procedimentais, anexas à informação com a referência 0508/IN/DCP/2011, da mesma data, elaborada pelo técnico Eufrásio Abreu, e dirigida ao Diretor de Concessões e Projetos.

Naquela deliberação participaram os seguintes membros:

- Vítor Cunha Gonçalves;
- Isabel Alexandra Soares de Sousa Carvalho, e;
- José Manuel Soares Mota.

Na citada informação 0508/IN/DCP/2011 foram proferidos despachos de concordância, quer pela coordenadora da Direção de Concessões e Projetos, Nélia Vera Cruz (“Concordo. À consideração do C.A.”), pela Coordenadora do Gabinete Jurídico, Raquel Silva (“O presente procedimento está em conformidade com o disposto no CCP, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29/01”), e pela Jurista do Gabinete Jurídico, Cátia Viveiros (“Em conformidade”)<sup>14</sup>, todos também de 10 de agosto de 2011.

Para a realização da empreitada em apreço, com o preço base de 465 000,00€ (s/IVA), foram convidadas três empresas, a saber: a “AFAVIAS, S.A.”, a “ZAGOPE – Construções e Engenharia, S.A.”, e a “Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A.”.

Segundo o ponto 7. do ofício convite, o critério de adjudicação selecionado foi o do mais baixo preço.

O desenvolvimento do ponto **13.9** do caderno de encargos, relativo ao **Diretor de obra e quadros responsáveis pela orientação da obra**, revela que a RAMEDM, S.A., introduziu as seguintes exigências aos potenciais interessados para efeitos de admissão das respetivas propostas:

- a) No ponto **13.9.2**, que o empreiteiro confiasse a direção de obra a um técnico com o seguinte perfil: “Formação em engenharia civil - categoria de membro efetivo, com inscrição válida na Ordem dos Engenheiros, e com experiência profissional mínima de 10 (dez) anos em obras rodoviárias”.

<sup>14</sup> Conforme esclarecimento prestado pela RAMEDM, S.A., através do ofício n.º 565, de 11 de abril p.p..

- b) Que até à data da celebração do contrato o referido diretor de obra apresentasse os seguintes documentos, nos termos do ponto **13.9.4**:
- Declaração de inscrição válida na associação profissional correspondente;
  - *Curriculum vitae*, onde estivessem destacadas as obras da mesma natureza;
  - Comprovativo da contratação de seguro de responsabilidade civil válido (se aplicável);
  - Comprovativo da integração no quadro de pessoal e/ou técnico da empresa.
- c) No ponto **13.9.5**, por sua vez, que a Gestão da Qualidade fosse cometida a um técnico com:
- Formação superior ou experiência comprovada na função de Gestão da Qualidade em obras de Engenharia Civil e formação específica na área da Gestão da Qualidade;
  - Experiência profissional mínima de três (3) anos em obras rodoviárias.
- d) No ponto **13.9.6**, que o técnico responsável pela Gestão Ambiental detivesse:
- Formação superior ou experiência comprovada na função de Gestão Ambiental em obras de Engenharia Civil e formação específica na área da Gestão do Ambiente;
  - Experiência profissional mínima de três (3) anos em obras rodoviárias.
- e) O ponto **13.9.7** impunha ainda que a Segurança e Saúde no Trabalho ficassem a cargo de um técnico com formação reconhecida (CAP) em curso de técnico superior de segurança (Nível V), certificada por entidade reconhecida pelo ISHST (de acordo com o Decreto-Lei n.º 110/2000, de 30 de junho) e com experiência comprovada de 3 (três) anos na função, em obras rodoviárias.
- f) Os concorrentes, para além destes requisitos, deveriam igualmente apresentar declarações, conforme minutas apenas ao caderno de encargos, devidamente preenchidas e assinadas pelos membros da equipa técnica apontada pelo adjudicatário, concernentes:
- À identificação dos membros da equipa técnica afeta à empreitada - Anexo I;
  - Ao compromisso dos membros da equipa técnica - Anexo 2.

O procedimento pré-contratual desencadeado culminou com a adjudicação da obra pública vertente à AFAVIAS, S.A., pelo preço de 461 000,00€, e com um prazo de execução de 60 dias (prorrogável até ao limite de 120, a contar da data da consignação que ocorreu no dia 17 de outubro de 2011), por deliberação de 14 de setembro de 2011, dos membros do Conselho de Administração da RAMEDM, S.A., acima identificados, tendo presente os termos do relatório final elaborado pelo júri indicado para o efeito.

### **3.1.2. A Decisão n.º 1/FP/2012, de 4 de janeiro**

O processo em questão foi apreciado em sessão ordinária de 4 de janeiro de 2012, da SRMTC, na qual foi concedido o visto ao contrato com recomendações, através da Decisão n.º1/FP/2012, com base na seguinte fundamentação:

*“Da análise efetuada ao processo em referência, sobressaem os factos que se elencam de seguida:*

*(...) A opção por este tipo de procedimento constitui já uma manifestação de um espaço de autonomia administrativa conferida pelas normas reguladoras dos procedimentos pré-contratuais. Com efeito, considerando o valor do contrato a celebrar, e sendo a RAMEDM, S.A., uma entidade das referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP, o artigo 18.º do mesmo Código, concatenado com a parte final da alínea a) do artigo 19.º, atribui ao órgão competente para a decisão de contratar uma liberdade de escolha por um dos seguintes procedimentos consagrados no Código: o ajuste direto, o concurso público, e o concurso limitado por prévia qualificação.*



*A discricionariedade de escolha optativa conferida por aquele conjunto de normas tem implicação direta na otimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no ajuste direto ou no concurso público, no concurso limitado por prévia qualificação, o acesso ao procedimento é limitado a quem preencher determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.*

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

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

*Aliás, uma das principais novidades introduzidas por via do CCP face ao regime anteriormente vigente, e consubstanciado primordialmente no DL n.º 59/99, de 2 de Março, foi a inclusão, de forma exclusiva, da fase de qualificação dos concorrentes no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação, afastando a possibilidade de qualquer solicitação da demonstração de um mínimo de capacidade técnica e financeira para participar noutros procedimentos, designadamente no ajuste direto [nesse sentido, cfr. os artigos 164.º, n.º 1., als. h) e j), e n.º 2, e 165.º, n.º 1, 2 e 3 do CCP].*

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

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

*Neste pressuposto, quando a entidade adjudicante escolhe o ajuste direto entende-se que se basta com a habilitação do adjudicatário. E, no caso das empreitadas de obras públicas, em particular, com o alvará que, conforme decorre do n.º 3 do artigo 126.º do CCP, em articulação com a segunda parte do n.º 2 do artigo 81.º do mesmo diploma, deve ser obrigatoriamente apresentado pelo adjudicatário.*

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

*E do artigo 9.º, n.os 1 e 3, do mesmo diploma resulta que a **capacidade técnica** de uma empresa de construção é **determinada em função da sua estrutura organizacional e da avaliação dos respetivos meios humanos e técnicos**, devendo esta ter em conta o número de técnicos e os seus níveis de conhecimento, **o número de profissionais afetos à gestão da segurança, higiene e saúde do trabalho e do número de encarregados e operários**.*

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

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



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

*A fronteira entre um documento de qualificação e um documento da proposta não pode pois ser traçada na suscetibilidade de o documento ter impacto para a execução da obra em análise. Isto porque é intuitivo que uma entidade adjudicante, ao exigir comprovativos de que o concorrente cumpre determinadas exigências, tem expectativas que essa certificação se reflita de alguma forma em mais-valias no serviço prestado.*

*A distinção entre um documento de qualificação, relativo aos concorrentes, e um documento da proposta só pode ser encontrada, portanto, naquilo que é objeto do documento em causa: se é atinente às empresas convidadas trata-se de um documento de qualificação; se é relativo ao serviço a oferecer, então trata-se de um documento da proposta.*

*Sendo os requisitos em apreço relativos aos membros da equipa técnica das empresas, referem-se a qualidades dos agentes económicos em jogo, pelo que não tinham de acompanhar a proposta.*

*Isto, sendo certo que no procedimento de ajuste direto, não está sequer previsto a fase de qualificação dos candidatos.*

*Tal como ocorre na discricionariedade administrativa globalmente considerada, também a discricionariedade procedimental tem os limites de normas reguladoras dessa autonomia, normas que estabelecem limites e direcionam o exercício da discricionariedade atribuída. Referimo-nos, quer aos princípios gerais da atividade administrativa, para que remete o artigo 5.º, n.º 6, al. a), do CCP, quer aos princípios específicos da contratação pública referidos no artigo 1, n.º 4 do mesmo Código.*

*De facto, a imposição de requisitos mínimos de capacidade técnica no âmbito de um ajuste direto disciplinado pelo CCP tem por limite não somente as normas específicas desse procedimento, mas também determinados princípios, como a igualdade, a imparcialidade, a proporcionalidade, a transparência e a concorrência, se bem que o seu pendor, no caso do ajuste direto, seja menor do que, por exemplo, no concurso público, que os acolhe por excelência. Não obstante, estas normas de princípio incidem ou projetam-se no espaço de autonomia que aquelas normas atribuem às entidades adjudicantes, impondo certos cânones ou determinados parâmetros ao iter lógico ínsito no procedimento em apreço – o ajuste direto.*

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

*Concretizando, a auto vinculação da Administração está condicionada pela legalidade pelo que, sendo a exigência de requisitos de capacidade técnica ilegal, é irrelevante que a entidade adjudicante tenha solicitado às empresas convidadas, no ofício-convite, a apresentação de documentos comprovativos da sua titularidade.*

*E a aceitação das referidas exigências por parte das empresas concorrentes é irrelevante por essas exigências serem ilegais e dado não estarem em jogo direitos ou interesses disponíveis.*



*A transparência, a imparcialidade, a igualdade e a proporcionalidade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência.*

*Citando Rodrigo Esteves de Oliveira<sup>15</sup>, « (...) o princípio da concorrência é atualmente a verdadeira trave-mestra da contratação pública (...) ».*

*Imaginemos que a empresa adjudicatária é a única empresa em Portugal a deter os requisitos exigidos pela RAMEDM, S.A., no ofício-convite. Sendo assim, sempre que estes fossem introduzidos num procedimento, o resultado já estaria pré-determinado, passando a saber-se antecipadamente a quem iria ser adjudicada a obra, sempre à mesma pessoa coletiva.*

*O que claramente constitui uma violação do princípio da concorrência. Não se trata apenas de restringir – fundamentalmente ou não – a concorrência. Trata-se pura e simplesmente de a eliminar. A existência ou não de (possibilidade de) concorrência é uma realidade objetiva que, como tal, se aprecia objetivamente.*

*No caso, porém, a exigência formulada pela RAMEDM, S.A., não elimina, objetivamente, toda e qualquer concorrência porque mais empresas detêm os supra citados requisitos em Portugal. Contudo, a violação do princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, existe, no plano abstrato, tendo-se por ilegal a exigência, feita no convite.*

*Por outro lado, as referidas exigências não se referem, ou pelo menos não se referem diretamente e em exclusivo, como vimos anteriormente, ao modo de execução da obra em apreço, ou seja, à execução do contrato. Mais, ainda que esta exigência se referisse à execução do contrato, a prevalência do princípio da concorrência sempre deveria preferir qualquer eventual vantagem que adviesse da sua introdução no convite.*

*A aparente vantagem de uma melhor execução da empreitada acabaria por desaparecer com a eliminação da concorrência. A empresa vencedora, tendo garantido o ganho em todos os concursos da mesma natureza e com as mesmas exigências, facilmente cairia na tentação de não manter a mesma qualidade do serviço, pois a imposição de uma real e efetiva concorrência nos contratos públicos visa precisamente manter vivo o interesse em melhorar constantemente a oferta do serviço a prestar.*

*Noutra vertente, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade – artigo 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, e artigo 3.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA).*

*Este princípio para a Administração, ao contrário do que sucede para os particulares, significa não simples compatibilidade com a lei – fazer tudo o que a lei não proíba – mas vai mais longe, exige, conformidade com a lei – fazer só o que a lei prevê.*

*É o que resulta das expressões, utilizadas no mencionado artigo 3.º do CPA: “obediência à lei”, “nos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos” em “conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes foram conferidos”<sup>16</sup>.*

*No caso concreto, como vimos, as exigências formuladas no caderno de encargos às empresas convidadas seriam ilegais, face ao princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.*

*Assim, o princípio da legalidade e o da auto vinculação, este balizado pela legalidade, impunham a solução - a única legalmente possível - de não formular as exigências ínsitas aos pontos 13.9.2 a 13.9.7. do caderno de encargos.*

<sup>15</sup> Em *Os princípios gerais da contratação pública, Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 66 e 67.

<sup>16</sup> Ver, a este propósito, Mário Esteves de Oliveira e outros, no *Código de Procedimento Administrativo*, comentado, 2.ª edição, página 89.

Finalmente cabe apreciar os princípios da contratação pública, em especial o da transparência, o da igualdade e o da imparcialidade subjacentes ao disposto no artigo 1.º, n.º 4 do CCP.

Por força do princípio da transparência, «Os interessados devem (...) poder retirar do 'modelo de avaliação das propostas' as informações necessárias e úteis à conceção e apresentação da sua melhor proposta, ou seja, devem poder retirar dele os dados necessários para conhecer o que é que as entidades adjudicantes irão tomar em consideração para apurar a proposta mais competitiva, e em que medida ou em que peso»<sup>17</sup>.

Ou como ensina Diogo Freitas do Amaral<sup>18</sup>, o princípio da transparência « (...) postula, em síntese, que a Administração Pública (...) não lhes pode sonegar informação (...) ».

E como refere Maria Teresa de Melo Ribeiro<sup>19</sup>, este princípio surge como « (...) forma de garantir, preventivamente, a imparcialidade da atuação da Administração».

O princípio da igualdade « (...) impõe à entidade adjudicante uma conduta estritamente igual para com todos os concorrentes e candidatos, impedindo-a de tomar medidas (diretas ou indiretas) de discriminação (jurídica ou fáctica) que possam beneficiar ou prejudicar ilegitimamente (é dizer, sem justificação suficiente) qualquer ou quaisquer deles»<sup>20</sup>.

O princípio da imparcialidade veda à entidade que lança o concurso situações objetivas que possam pôr em causa a sua isenção relativamente a qualquer dos concorrentes e « (...) impõe ainda, e de um modo especial, o dever por parte da Administração Pública de ponderar todos os interesses públicos e os interesses privados equacionáveis para o efeito de certa decisão antes da sua adoção»<sup>21</sup>.

Como se referiu, o princípio da concorrência é um princípio basilar da contratação pública. A par do princípio da legalidade que preside a toda a atuação da Administração. Todos os demais devem ser compaginados com estes princípios.

O procedimento pode ser transparente, imparcial e igualitário. Se não respeitar normas imperativas e as regras da livre concorrência, é ilegal. A transparência, a imparcialidade e a igualdade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência.

Nestes pressupostos, encontramos a resposta que entendemos por adequada ao caso concreto, e que se reconduz a concluir que as exigências em apreço deveriam pura e simplesmente ser ignoradas, face ao princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

Neste caso, não estaríamos, como argumenta a RAMEDM, S.A., perante um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, pois a capacidade em causa não seria exigível face ao princípio da legalidade, por constituir uma imposição ilegal, como acima ficou dito e, em especial, por violação do princípio da concorrência.

Por estar em causa a desobediência dos princípios da legalidade e da concorrência, também o da imparcialidade fica inquinado.

E nem vale o argumento da validade da exigência dos referidos documentos, no sentido de que os concorrentes aceitaram as peças do procedimento, que não pediram qualquer esclarecimento sobre as mesmas, ou que nem invocaram quaisquer eventuais erros ou omissões.

---

<sup>17</sup> Vide Rodrigo Esteves de Oliveira, in obra citada, página 101.

<sup>18</sup> In Curso de Direito Administrativo, volume II, Almedina, 2003, página 584.

<sup>19</sup> In O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública, Almedina, Coimbra, página 191.

<sup>20</sup> Vide Rodrigo Esteves de Oliveira, in obra citada, página 92.

<sup>21</sup> Vide Diogo Freitas do Amaral, in obra citada, página, 580.





*Trata-se de uma aceitação a que não pode ser reconhecido relevo jurídico. Na verdade esta aceitação só teria relevo se a exigência em causa fosse legal, e não é, como vimos. Isto porque não estão aqui em jogo direitos ou interesses disponíveis.*

*O princípio da concorrência e a proibição de valorização da qualidade dos concorrentes na fase de apreciação das propostas têm como objetivo a escolha da melhor proposta para a prestação de um serviço que persegue um fim público. Este interesse, pela sua natureza pública, não está na livre disponibilidade das partes, pública ou privada. Daí que a aceitação dessa imposição ilegal, prejudicando interesses públicos indisponíveis, seja inoperante.*

*O ajuste direto é um procedimento em que é a própria entidade adjudicante que escolhe as entidades a apresentar proposta, não sendo propriamente aquele que garanta maior concorrência. Pode, porém, implicar a avaliação de inúmeras propostas, inclusive algumas apresentadas por entidades não qualificadas. Mas as razões deste tipo, hierarquizadas à luz do interesse público específico a prosseguir através do contrato, apenas podem relevar no momento da escolha do procedimento, e não podem justificar exigências no seu âmbito que a lei não permite.*

*Nesse pressuposto, a projeção da norma da concorrência no âmbito do ajuste direto formatado pelo CCP à entidade que o decide lançar não permite, no quadro atual, a fixação de quaisquer requisitos mínimos de capacidade técnica. Doutro modo, estar-se-iam a introduzir condições restritivas do acesso sem base justificativa e sem legitimidade.*

*Se a RAMEDM, S.A., entendia que o preenchimento desses requisitos de capacidade técnica era fundamental deveria ter optado pelo concurso limitado por prévia qualificação, onde critérios ou exigências limitativas do acesso ao procedimento podem ser impostos, desde que justificados, racionais e razoáveis, com ponderação sobre as circunstâncias de facto relevantes para a celebração do contrato em expectativa (...).*

*Nesta conformidade, conclui-se que as exigências feita às empresas convidadas mediante as cláusulas inseridas nos pontos 13.9.2 a 13.9.7 do caderno de encargos, são ilegais por violarem o conjunto de normas que regulam o procedimento do ajuste direto no âmbito do CCP, designadamente os artigos 112.º a 127.º, assim como os princípios da legalidade e da auto vinculação administrativa, igualdade, concorrência, proporcionalidade, imparcialidade e transparência, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do artigo 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), o que determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do artigo 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do CCP.*

*À luz dos fundamentos de recusa de visto, enunciados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, a ilegalidade decorrente da violação das normas e princípios ínsitos aos artigos supra invocados, pode constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada alínea c), por se mostrar, pelo menos em abstrato, suscetível de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato.*

*Contudo, apurou-se que a RAMEDM, S.A., não foi objeto de qualquer recomendação até à presente data relativamente à ilegalidade detetada.*

*Por outro lado, não se poder dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, pelo que se afigura adequado que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar à RAMEDM, S.A., que, futuramente, evite a ilegalidade de que aqui se dá conta”.*

### 3.2. Normas legais aplicáveis

Os preceitos normativos cujo desrespeito conduziu à prática da ilegalidade descrita no ponto anterior, extraído da Decisão n.º 1/FP/2012, são:

- a. Os art.ºs 112.º a 127.º do CCP;
- b. O art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e o art.º 1.º, n.º 4, do CCP, donde emanam os princípios da legalidade e da auto vinculação administrativa, igualdade, concorrência, proporcionalidade, imparcialidade e transparência.

### 3.3. Caracterização das infrações e respetivo enquadramento legal

A ilegalidade assinalada em sede de apreciação do processo de visto em questão, consubstanciada na inobservância dos preceitos legais identificados no antecedente ponto 3.2., é passível de configurar um ilícito financeiro, enquadrável na previsão normativa do art.º 65.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, da LOPTC, que consagra a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas, dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando esteja em causa, designadamente, a violação de normas sobre a assunção de despesas públicas ou compromissos.

### 3.4. Identificação dos responsáveis

A infração financeira assinalada, punível com multa, é imputável, nos termos do art.º 61.º, n.ºs 1 e 4, da LOPTC, aplicável *in casu* por força do disposto no art.º 67.º, n.º 3, do mesmo diploma:

- a. Ao Técnico da Direção de Concessões e Projetos, Eufrásio Abreu, que elaborou a informação com a referência 0508/IN/DCP/2011, de 10 de agosto, onde propôs as peças do procedimento em apreço para aprovação pelo Conselho de Administração da RAMEDM, S.A.;
- b. Às autoras dos despachos de concordância proferidos na informação com a referência 0508/IN/DCP/2011, de 10 de agosto, que continha a proposta das peças procedimentais a submeter à concorrência, mais concretamente, à Coordenadora da Direção de Concessões e Projetos, Nélia Vera Cruz, à Coordenadora do Gabinete Jurídico, Raquel Silva, e ainda, à Jurista do Gabinete Jurídico, Cátia Viveiros.
- c. Aos membros do Conselho de Administração da RAMEDM, S.A., que adjudicaram a empreitada à AFAVIAS, S.A.; pelo preço de 461 000,00€ por deliberação de 14 de setembro de 2011, a saber, ao Presidente à data, Vítor Cunha Gonçalves, e aos vogais Isabel Alexandra Soares de Sousa Carvalho e José Manuel Soares Mota.

### 3.5. Justificações apresentadas em sede de verificação preliminar

Pronunciando-se no âmbito da verificação preliminar do processo sobre a ilegalidade antecedentemente identificada, a RAMEDM, S.A., no ofício n.º 2743, de 28 de novembro de 2011, subscrito pelo Presidente do Conselho de Administração da empresa à data dos factos, alegou que os referenciados pontos “ (...) estabelecem a equipa técnica mínima e respetivas qualificações profissionais, que a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A. considerou necessária para a execução da obra em causa, enquadrando-se na previsão do n.º 5 do artigo 42.º do CCP, acrescentando que, “para a definição das qualificações mínimas da equipa técnica foi tido em conta o Decreto-Lei n.º 273/2003, de 29 de outubro (Regulamentação das condições de segurança e de saúde no trabalho), a Lei n.º 31/2009, de 3 de julho (que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização da obra e pela direção de obra) e a Portaria n.º 1379/2009, de 30 de outubro (que regulamenta as qualificações específicas profissionais mínimas exigíveis aos técnicos responsáveis pela elaboração de projetos, pela direção de obras e pela fiscalização de obras)”.



### 3.6. Apreciação das alegações produzidas em sede de contraditório

Tal como foi antecipado no ponto 2.3. *supra*, na sequência da notificação do relato da auditoria para efeitos de exercício do contraditório, nos termos do art.º 13.º da LOPTC, vieram os responsáveis oficiais e em exercício de funções à data dos factos apresentar conjuntamente as seguintes alegações:

*“Após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A. (adiante RAMEDM, S.A.) procurou elaborar um caderno de encargos tipo que refletisse as alterações do novo diploma.*

*Para o efeito, foram tidos como base os cadernos de encargos elaborados pela RAMEDM, S.A., na vigência do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março. À luz deste diploma procedia-se à qualificação dos concorrentes mediante a avaliação da sua capacidade técnica, financeira e económica, tendo em conta os elementos solicitados nas peças do procedimento e com base nos documentos indicados no artigo 67.º daquele diploma.*

*Nessa sequência, e com o intuito de cumprimento da lei, a adaptação realizada procurou refletir não só o regime definido no CCP, mas também toda a legislação avulsa que veio disciplinar as qualificações profissionais exigíveis aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra (Lei n.º 31/2009, de 3 de julho e a Portaria n.º 1379/2009, de 30 de outubro), bem como as referentes à gestão ambiental tendo em vista o cumprimento, por parte do empreiteiro, das obrigações previstas no n.º 3 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 46/2008<sup>22</sup>, de 12 de março, para a execução do plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição.*

*Assim, manteve-se a qualificação/experiência profissional dos intervenientes na obra, não para efeitos de qualificação ou de apreciação tal como decorria do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, uma vez que esta fase havia sido suprida pelo CCP, mas a título meramente informativo e confirmativo, antes da celebração do contrato, de cumprimento de toda aquela legislação, considerando-se como aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência de acordo com o disposto no n.º 5 do artigo 42.º do CCP, porque não sujeito a apreciação.*

*Ou seja, a qualificação profissional foi tratada como um aspeto que, necessariamente, se reflete na execução do contrato, mas que não seria apreciado/avaliado em termos de proposta por não estar submetido à concorrência.*

*A atuação dos intervenientes fundou-se no pressuposto de que cabia garantir que os concorrentes, futuros cocontratantes, estavam devidamente habilitados para o exercício da atividade a que se propunham, sem, em concreto, se proceder à avaliação/apreciação da sua capacidade técnica.*

*Daqui resulta que foi e é preocupação da RAMEDM, S.A., e mormente dos seus colaboradores e administradores, respeitar a legislação vigente, o princípio da legalidade e demais princípios subjacentes à contratação pública, pelo que a atuação de todos os intervenientes nos procedimentos é direcionada para o cumprimento da lei na sua dupla dimensão: compatibilidade e conformidade.*

*Ademais, se a RAMEDM, S.A. e os seus intervenientes tivessem noção da ilegalidade que ora nos ocupa, não a teriam refletido no caderno de encargos e, por conseguinte, não proporiam a sua aprovação ao órgão competente. Contudo, a adaptação preconizada não foi a mais adequada ao fim a que a RAMEDM, S.A. se propunha: cumprir a lei e garantir o seu cumprimento pelos concorrentes.*

*Com base nos pressupostos referidos anteriormente, atendendo à natureza dos trabalhos objeto da empreitada e à respetiva estimativa orçamental (€ 465.000,00), a adoção do procedimento de ajuste direto para a contratação da empreitada «Rotunda do Estreito da Calheta» ao abrigo da*

<sup>22</sup> “Estabelece o regime das operações de gestão de resíduos de construção e demolição”.

alínea a) do artigo 19.º do CCP, revelou-se como a mais adequada à realização do interesse público.

Em defesa do exposto, revelou-se suficiente para a RAMEDM, S.A. adjudicar uma proposta sem a qualificação dos «concorrentes» com a adoção de um procedimento mais solene (concurso limitado por prévia qualificação), reiterando-se, deste modo, que o solicitado na cláusula 13.9 do caderno de encargos não visava, de modo algum, extravasar o acervo de normas que regulam o ajuste direto, mas, de algum modo, permitir à entidade adjudicante um controlo do cumprimento da lei por parte dos concorrentes.

Ora, os documentos constantes da cláusula 13.9.4 do caderno de encargos, referentes ao Diretor de Obra, foram solicitados no pressuposto de que decorria da legislação em vigor a sua aplicação a qualquer tipo de procedimento, por se tratar de exigências no exercício da atividade (...).

Como se denota, procurou-se introduzir no caderno de encargos aquilo que seria exigível por lei, sem se ter pretendido criar requisitos num tipo de procedimento (ajuste direto) que não permite a definição/exigência de qualificações mínimas sujeitas a apreciação.

Deste modo, julgou-se que com esta atuação a RAMEDM, S.A. estaria a desempenhar uma função de garante da legalidade, pressuposto de qualquer atuação e de qualquer procedimento, não se visando com isso apreciar a capacidade técnica dos concorrentes, o que de facto não ocorreu.

Acresce referir que os documentos indicados (...) não impediram a apresentação de propostas pelos interessados, pelo que, para a presente empreitada, em concreto, o princípio da concorrência não foi colocado em causa, isto porque, nenhuma das empresas convidadas a apresentar proposta deixou de o fazer por via da inserção da cláusula 13.9 no caderno de encargos, **podendo dar-se por adquirido que não provocou, em concreto, qualquer alteração do resultado financeiro do contrato em causa.**

Destacamos ainda que, em duas das propostas<sup>23</sup> não constavam os documentos referidos nos pontos 13.9.2, 13.9.4, 13.9.5 e 13.9.6 do caderno de encargos. No entanto todas as propostas foram admitidas à apreciação do júri, tendo sido analisados apenas os documentos a que se refere o ponto 4 do Ofício-convite, conforme relatórios preliminar e final remetidos com o processo para efeitos de fiscalização prévia.

Verifica-se, deste modo, que independentemente das razões que presidiram à não apresentação dos documentos por parte de duas empresas, o facto é que as três propostas foram analisadas apenas de acordo com o critério de adjudicação definido, sem que o concorrente que apresentou os documentos partisse em posição de vantagem em relação aos demais, pelo que, poder-se-á afirmar que neste procedimento, em concreto, os princípios da imparcialidade, da igualdade, da concorrência e da transparência não foram violados.

Aliás, em momento algum do presente procedimento, que se iniciou com a elaboração das peças (convite e caderno de encargos), foi equacionada a hipótese de, ainda que em abstrato, favorecer algum dos convidados ou inviabilizar a apresentação de proposta.

Constata-se igualmente, que todas as propostas apresentaram um valor inferior ao preço base do procedimento, pelo que, também por aqui se infere que o grau de exigência do caderno de encargos, em nada alterou a capacidade das empresas a apresentar a sua proposta.

(...).

---

<sup>23</sup> “AFAVIAS, S.A. (adjudicatário) e Tecnovia Madeira, S.A.. A Zagope, S.A. apresentou os currículos da equipa técnica e respetivos comprovativos das qualificações profissionais”.





*Por fim, (...) salientamos que a recomendação apresentada no âmbito da Decisão foi encaminhada por despacho de um dos membros do Conselho de Administração aos serviços da RAMEDM, S.A., inclusive para aquele órgão (vide Doc. 1), para efeitos de acatamento em futuros procedimentos - «ter em conta as recomendações apresentadas pelo Tribunal de Contas».*

*Deste modo, a partir daquele momento, nenhuma outra adjudicação foi feita relativamente a procedimentos que, eventualmente, padecessem da mesma infração, nem foram elaboradas pelos serviços peças de procedimento com cláusulas que contivessem a questão que ora nos ocupa.*

*A última adjudicação ocorreu a 21/12/2011 no Concurso Público n.º 1/2011 – "Reconstrução da ER 227 – Tabua", ou seja, em momento anterior à notificação da decisão de concessão de visto com recomendações no âmbito do contrato da empreitada da "Rotunda do Estreito da Calheta".*

*Nessa senda, esta Empresa, através dos seus serviços, está a diligenciar a não adjudicação de 5 (cinco) procedimentos iniciados antes da recomendação tecida por esse Tribunal (Concursos Públicos n.ºs 2/2011, 5/2011, 6/2011, 7/2011 e 8/2011), uma vez que tais procedimentos padecem do mesmo vício apontado pelo Tribunal de Contas.*

*Nestes termos, e ainda que se equacione que, em abstrato, a inclusão da cláusula 13.9 no caderno de encargos do procedimento em causa fosse suscetível de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato, tal não aconteceu, em concreto, neste procedimento, uma vez que todos os concorrentes apresentaram proposta, dando-se por adquirido que, neste caso, em concreto, não houve alteração do resultado financeiro do contrato e, por conseguinte, não se verifica a violação de normas e princípios sobre a assunção de despesas públicas ou compromissos, de acordo com a alínea b) do artigo 65.º da Lei 98/97, de 26 de agosto, pelo que a ilegalidade assinalada em sede de apreciação de processo de visto não será passível de configurar um ilícito financeiro, enquadrável na mencionada previsão normativa passível de aplicação de multa.*

*No entanto, caso assim não venha a ser entendido, roga-se a V. Exa. que se digne relevar a eventual responsabilidade financeira sancionatória dos intervenientes, nos termos do artigo 65.º, n.º 8, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com a redação conferida pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro, realçando-se o facto de que não existem anteriores recomendações dirigidas à RAMEDM, S.A. sobre a mesma questão e muito menos os intervenientes foram censurados pela prática de qualquer infração, sem a aplicação de qualquer multa e consequente extinção do procedimento".*

Da argumentação acabada de transcrever extrai-se, desde logo e em síntese, que as exigências definidas no caderno de encargos quanto à “qualificação/experiência profissional dos intervenientes na obra” resultaram, segundo os responsáveis ouvidos, da preocupação de adaptar o modelo de caderno de encargos elaborado na vigência do DL n.º 59/99, de 2 de março, às novas regras definidas pelo CCP, bem como pela demais legislação aplicável ao domínio assinalado.

Esta justificação não, permite, no entanto, afastar o entendimento previamente sustentado de que, na situação vertente, não foi dado pleno acatamento ao regime jurídico do ajuste direto, nos termos em que este procedimento adjudicatório surge definido no CCP, bem como aos princípios que presidem à contratação pública, ilegalidade essa que, de acordo com a al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, substancia uma infração financeira suscetível de eventual imputação de responsabilidade sancionatória.

Não obstante, e embora sejam os próprios responsáveis a reconhecer que a sua atuação “não foi a mais adequada ao fim a que a RAMEDM, S.A. se propunha”, as explicações facultadas criam a forte convicção - que os factos não desmentem - de que os mesmos agiram motivados pela preocupação do cumprimento da lei e da garantia da sua observância por parte dos concorrentes, o que sugere que a conduta assinalada apenas lhes pode ser imputada a título de mera negligência.

Neste contexto, e à semelhança do que é também destacado nas alegações aduzidas, não será igualmente de descurar a inexistência de anteriores recomendações do TC ou de qualquer órgão de controlo interno dirigidas à RAMEDM, S.A. para a correção da ilegalidade apontada e ainda a circunstância de

os ora responsáveis não terem sido anteriormente censurados pela sua prática.

Ademais, estes últimos fizeram questão de informar que já foram tomadas medidas tendentes ao acatamento da recomendação emitida no âmbito da decisão do processo submetido a fiscalização prévia, que se traduziram, em concreto, na sua divulgação junto do Conselho de Administração da RAMEDM, S.A. e dos serviços da empresa, bem como na adoção de diligências direcionadas à não adjudicação de diversos procedimentos que padeciam do mesmo vício e que se encontravam a decorrer aquando da emissão daquela recomendação.

No contexto que ficou traçado, em particular a matéria de facto apurada, fica evidenciado que a ilegalidade detetada só pode ser imputada àquelas responsáveis a título de negligência. O que, se conjugado, quer com a ausência de anterior recomendação no sentido da correção da assinalada ilegalidade, quer com a circunstância de ser a primeira vez que este Tribunal censura os autores da mesma ilegalidade, configura um quadro adequado à relevação da responsabilidade financeira sancionatória, facultada pelas als. a) a c) do n.º 8 do art.º 65.º da LOPTC.

### **3.7. Identificação de anteriores censuras/recomendações formuladas**

Não existem anteriores censuras e/ou recomendações dirigidas à RAMEDM, S.A., no domínio da questão legal suscitada e que é suscetível de configurar uma infração financeira.



#### 4. DETERMINAÇÕES FINAIS

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

1. Aprovar o presente relatório de auditoria e as recomendações nele formuladas.
2. Releva a responsabilidade financeira sancionatória imputável aos responsáveis pela factualidade enunciada no ponto 3.1, ao abrigo do disposto no art.º 65.º, n.º 8, da LOPTC;
3. Ordenar que exemplares deste relatório sejam remetidos:
  - ◆ Ao atual Presidente do Conselho de Administração da RAMEDM, S.A., na qualidade de representante daquela entidade;
  - ◆ A cada um dos responsáveis identificados no ponto 3.4. deste documento.
4. Entregar um exemplar deste relatório ao Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público junto desta Secção Regional, em conformidade com o disposto no art.º 29.º, n.º 4, da LOPTC;
5. Fixar os emolumentos devidos pela RAMEDM, S.A., em 137,31€ (40% do valor de referência), de acordo com o previsto no art.º 18.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas<sup>24</sup>, aprovado pelo DL n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 139/99, de 28 de agosto e 3-B/2000, de 4 de abril;
6. Mandar divulgar este relatório no sítio do Tribunal de Contas na *internet*, bem como na *intranet*, após a devida notificação às entidades supra mencionadas.

Aprovado em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, aos 28 de novembro de 2012.

*O Juiz Conselheiro,*

*(João Francisco Aveiro Pereira)*

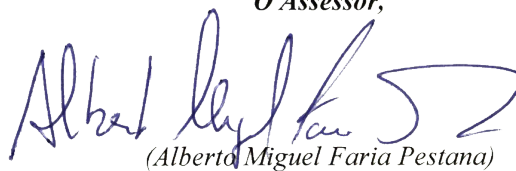
*A Assessora,*

*(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)*

---

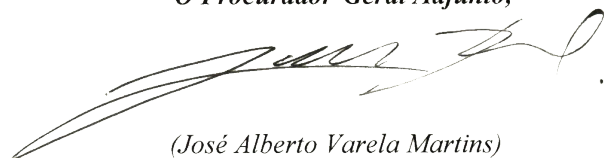
<sup>24</sup> Segundo o n.º 3 do art.º 2.º deste diploma, o valor de referência corresponde ao índice 100 da escala indiciária das carreiras de regime geral da função pública, o qual, em 2012, está fixado em 343,28 €.

**O Assessor,**



(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,  
O Procurador-Geral Adjunto,**



(José Alberto Varela Martins)





## **ANEXO**





## Decisão n.º 1/FP/2012, de 4 de janeiro.



### DECISÃO N.º 1/FP/2012

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 4 de janeiro de 2012, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de construção da "rotunda do Estreito da Calheta", outorgado, em 4 de outubro de 2011, entre a RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A. (RAMEDM, S.A.), e a empresa AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., pelo preço de 461 000,00€ (s/IVA).

#### I - OS FACTOS

Da análise efetuada ao processo em referência, sobressaem os factos que se elencam de seguida para efeitos da decisão a proferir:

- a) O procedimento adotado para a seleção da entidade cocontratante foi o ajuste direto, com fundamento no disposto no artigo 19.º, al. a) e nos artigos 112.º a 127.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), autorizado por deliberação do Conselho de Administração da RAMEDM, S.A., em 7 de julho de 2011.
- b) Para a realização da empreitada em apreço, e face ao preço base da mesma [465 000,00€ (s/IVA)], a classe de habilitação mínima a deter pelos candidatos seria a classe 3, que se reporta a obras até ao montante de 926 600,00€<sup>1</sup>. Porém, as 3 empresas convidadas, a saber: a AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., a ZAGOPE – Construções e Engenharia, S.A., e a Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A., são titulares de alvará com a habilitação na classe 9, que permite realizar obras acima dos 16 600 000,00€.
- c) Conforme resulta do ponto 7. do ofício convite (pág. 151 do Proc.º), o critério de adjudicação selecionado foi o do mais baixo preço, tendo a escolha recaído sobre a AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., cuja proposta orçava os 461 000,00€ (s/IVA).
- d) O desenvolvimento do ponto 13.9 do caderno de encargos, relativo ao **Diretor de obra e quadros responsáveis pela orientação da obra**, revela que a RAMEDM, S.A., introduziu as seguintes exigências aos potenciais interessados para efeitos de admissão das respetivas propostas (págs. 91 a 93 do Proc.º):

No ponto 13.9.2, que o empreiteiro confiasse a direção de obra a um técnico com o seguinte perfil:

- Formação em engenharia civil - categoria de membro efetivo, com inscrição válida na Ordem dos Engenheiros (OE), e com experiência profissional mínima de 10 (dez) anos em obras rodoviárias.

Que até à data da celebração do contrato o referido diretor de obra apresentasse os seguintes documentos, nos termos do ponto 13.9.4:

<sup>1</sup> Uma vez que para as obras realizadas na Região Autónoma da Madeira (RAM), aos montantes fixados na Portaria n.º 57/2011, de 28 de janeiro, que estabelece as classes das habilitações contidas nos alvarás de construção e os correspondentes valores, e que no caso se quedava pelos 664 000,00€, é aplicável o fator de 1,40 por força do artigo 1.º do DLR n.º 21/85/M, de 19 de outubro, que fixa os valores das classes de alvará na RAM

Decisão n.º 1/FP/2012

---

- Declaração de inscrição válida na associação profissional correspondente;
- *Curriculum vitae*, onde estivessem destacadas as obras da mesma natureza;
- Comprovativo da contratação de seguro de responsabilidade civil válido (se aplicável);
- Comprovativo da integração no quadro de pessoal e/ou técnico da empresa.

No ponto 13.9.5, por sua vez, que a Gestão da Qualidade fosse cometida a um técnico com:

- Formação superior ou experiência comprovada na função de Gestão da Qualidade em obras de Engenharia Civil e formação específica na área da Gestão da Qualidade;
- Experiência profissional mínima de 3 anos em obras rodoviárias;

No ponto 13.9.6, que o técnico responsável pela Gestão Ambiental detivesse:

- Formação superior ou experiência comprovada na função de Gestão Ambiental em obras de Engenharia Civil e formação específica na área da Gestão do Ambiente;
- Experiência profissional mínima de 3 anos em obras rodoviárias.

O ponto 13.9.7 impunha ainda que a Segurança e Saúde no Trabalho ficassem a cargo de um técnico com formação reconhecida (CAP) em curso de técnico superior de segurança (Nível V), certificada por entidade reconhecida pelo ISHST (de acordo com o Decreto-Lei n.º 110/2000, de 30 de junho) e com experiência comprovada de 3 anos na função, em obras rodoviárias.

Os concorrentes, para além destes requisitos, deveriam igualmente apresentar declarações, conforme minutas apensas ao caderno de encargos, devidamente preenchidas e assinadas pelos membros da equipa técnica apontada pelo adjudicatário, concorrentes:

- À identificação dos membros da equipa técnica afeta à empreitada - Anexo I (pág. 108 do Proc.º);
- Ao compromisso dos membros da equipa técnica - Anexo 2 (pág. 109 do Proc.º).

- e) Por último, o prazo de execução da obra é de 60 dias prorrogável até ao limite de 120, a contar da data da consignação que ocorreu no dia 17 de outubro do ano em curso (págs. 339 e 340 do Proc.º).

No pressuposto de que não se descortinava, entre as normas do CCP que disciplinam o procedimento de ajuste direto que antecedeu a outorga do contrato *sub judice*, a possibilidade de a entidade adjudicante aí poder enxertar qualquer fase de apreciação de **requisitos mínimos de capacidade técnica**, foi solicitado à RAMEDM, S.A., através do ofício desta Secção Regional n.º UAT I/564, de 11 de novembro p.p. (págs. 346 e 347 do Proc.º), que enquadrasse nas disposições plasmadas no referenciado diploma, as exigências resultantes dos pontos 13.9.2 a 13.9.9 do caderno de encargos.



A RAMEDM, S.A., a coberto do ofício n.º 2743, de 28 de novembro seguinte (págs. 348 a 350 do Proc.º), veio argumentar que os referenciados pontos “ (...) estabelecem a equipa técnica mínima e respetivas qualificações profissionais, que a RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A. considerou necessária para a execução da obra em causa, enquadrando-se na previsão do n.º 5 do artigo 42.º do CCP.

*Para a definição das qualificações mínimas da equipa técnica foi tido em conta o Decreto-Lei n.º 273/2003, de 29 de outubro (Regulamentação das condições de segurança e de saúde no trabalho), a Lei n.º 31/2009, de 3 de julho (que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização da obra e pela direção de obra) e a Portaria n.º 1379/2009, de 30 de outubro (que regulamenta as qualificações específicas profissionais mínimas exigíveis aos técnicos responsáveis pela elaboração de projetos, pela direção de obras e pela fiscalização de obras) ”.*

## II - O DIREITO

Conforme se aludiu no antecedente ponto I., a RAMEDM, S.A., através das exigências enunciadas nos pontos **13.9.2** a **13.9.7** do caderno de encargos, e que aqui se dão por reproduzidos, acabou por introduzir no procedimento de ajuste direto requisitos mínimos de capacidade técnica que os concorrentes deveriam comprovadamente preencher, acompanhadas de declarações a identificar os membros da equipa técnica afeta à empreitada e de compromisso desses mesmos membros.

Concretizando a análise da resposta da RAMEDM, S.A., esta empresa refere que, com os referenciados pontos, visou estabelecer a equipa técnica mínima e as respetivas qualificações profissionais, que considerou necessárias para a execução da obra em causa, enquadrando-se, para o efeito, na previsão do n.º 5 do artigo 42.º do CCP.

E reforça a sua posição escudando-se no DL n.º 273/2003, de 29 de outubro, que regulamenta as condições de segurança e de saúde no trabalho, na Lei n.º 31/2009, de 3 de julho, que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização da obra e pela direção de obra, e na Portaria n.º 1379/2009, de 30 de outubro, que regulamenta as qualificações específicas profissionais mínimas exigíveis aos técnicos responsáveis pela elaboração de projetos, pela direção de obras e pela fiscalização de obras.

Ora, o que resulta da invocada norma do n.º 5 do artigo 42.º do CCP é que “*O caderno de encargos pode também descrever aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, nomeadamente mediante a fixação de limites mínimos ou máximos a que as propostas estão vinculadas*”.

Ou seja, trata-se de uma disposição que se refere, clara e precisamente, a **aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência**. *A contrario*, não versa sobre características próprias e subjetivas das empresas concorrentes, como acontece com os requisitos traçados pela RAMEDM, S.A., no caderno de encargos, e que se consubstanciam, na prática, na introdução de normas ilegais que restringiram, pelo menos, em abstrato, a concorrência.

Pelo que por aqui a fundamentação legal invocada pela RAMEDM, S.A., não colhe.

Por outro lado, a empreitada em análise não evidencia qualquer qualidade, característica ou aspeto de complexidade técnica que justificasse essa particular exigência, porque os traba-



Decisão n.º 1/FP/2012

---

lhos a executar consubstanciam-se em terraplanagens, drenagens, pavimentação, obras acessórias, redes de iluminação pública, elevação de muros, equipamentos de sinalização e segurança, e o objeto da obra insere-se numa alteração do cruzamento entre as ER 101 e ER 223, localizado cerca do Km 0+750 do trecho Calheta/Prazeres da ER 101, de modo a constituir uma rotunda com o objetivo de disciplinar e aumentar a segurança dos fluxos de tráfego naquela zona.

Noutra perspetiva, considerando que estamos num domínio em que a entidade adjudicante desfruta de ampla liberdade de configuração do procedimento pré-contratual, apesar da existência de certos limites de vinculação procedimental, o ponto de partida para análise da correção na fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica dos potenciais concorrentes consiste em localizar e delimitar o âmbito de autonomia de ação que as normas procedimentais lhe conferem.

O procedimento escolhido pela RAMEDM, S.A., foi o ajuste direto, regulado nos artigos 112.º a 127.º do CCP.

A opção por este tipo de procedimento constitui já uma manifestação de um espaço de autonomia administrativa conferida pelas normas reguladoras dos procedimentos pré-contratuais. Com efeito, considerando o valor do contrato a celebrar, e sendo a RAMEDM, S.A., uma entidade das referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP, o artigo 18.º do mesmo Código, concatenado com a parte final da alínea a) do artigo 19.º, atribui ao órgão competente para a decisão de contratar uma liberdade de escolha por um dos seguintes procedimentos consagrados no Código: o ajuste direto, o concurso público, e o concurso limitado por prévia qualificação.

A discricionariedade de escolha optativa conferida por aquele conjunto de normas tem implicação direta na otimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no ajuste direto ou no concurso público, no concurso limitado por prévia qualificação, o acesso ao procedimento é limitado a quem preencher determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.

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

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

Aliás, uma das principais novidades introduzidas por via do CCP face ao regime anteriormente vigente, e consubstanciado primordialmente no DL n.º 59/99, de 2 de Março, foi a inclusão, de forma exclusiva, da fase de qualificação dos concorrentes no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação, afastando a possibilidade de qualquer solicitação da demonstração de um mínimo de capacidade técnica e financeira para participar noutros procedimentos, designadamente no ajuste direto [nesse sentido, cfr. os artigos 164.º, n.º 1., als. h) e j), e n.º 2, e 165.º, n.º 1, 2 e 3 do CCP].

Tanto assim é que no concurso limitado por prévia qualificação existe sempre, por definição, uma fase prévia de qualificação em que se avaliam a capacidade técnica e a capacidade



financeira dos candidatos, sendo os selecionados os únicos convidados a apresentar propostas.

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

Neste pressuposto, quando a entidade adjudicante escolhe o ajuste direto entende-se que se basta com a habilitação do adjudicatário. E, no caso das empreitadas de obras públicas, em particular, com o alvará que, conforme decorre do n.º 3 do artigo 126.º do CCP, em articulação com a segunda parte do n.º 2 do artigo 81.º do mesmo diploma, deve ser obrigatoriamente apresentado pelo adjudicatário.

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

E do artigo 9.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo diploma resulta que **a capacidade técnica de uma empresa de construção é determinada em função da sua estrutura organizacional e da avaliação dos respetivos meios humanos e técnicos**, devendo esta ter em conta o número de técnicos e os seus níveis de conhecimento, **o número de profissionais afetos à gestão da segurança, higiene e saúde do trabalho e do número de encarregados e operários**.

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


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

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

A fronteira entre um documento de qualificação e um documento da proposta não pode pois ser traçada na suscetibilidade de o documento ter impacto para a execução da obra em análise. Isto porque é intuitivo que uma entidade adjudicante, ao exigir comprovativos de que o concorrente cumpre determinadas exigências, tem expectativas que essa certificação se reflita de alguma forma em mais-valias no serviço prestado.

A distinção entre um documento de qualificação, relativo aos concorrentes, e um documento da proposta só pode ser encontrada, portanto, naquilo que é objeto do documento em cau-



  
Decisão n.º 1/FP/2012

---

sa: se é atinente às empresas convidadas trata-se de um documento de qualificação; se é relativo ao serviço a oferecer, então trata-se de um documento da proposta.

Sendo os requisitos em apreço relativos aos membros da equipa técnica das empresas, referem-se a qualidades dos agentes económicos em jogo, pelo que não tinham de acompanhar a proposta.

Isto, sendo certo que no procedimento de ajuste direto, não está sequer prevista a fase de qualificação dos candidatos.

Tal como ocorre na discricionariedade administrativa globalmente considerada, também a discricionariedade procedimental tem os limites de normas reguladoras dessa autonomia, normas que estabelecem limites e direcionam o exercício da discricionariedade atribuída. Referimo-nos, quer aos princípios gerais da atividade administrativa, para que remete o artigo 5.º, n.º 6, al. a), do CCP, quer aos princípios específicos da contratação pública referidos no artigo 1, n.º 4 do mesmo Código.

De facto, a imposição de requisitos mínimos de capacidade técnica no âmbito de um ajuste direto disciplinado pelo CCP tem por limite não somente as normas específicas desse procedimento, mas também determinados princípios, como a igualdade, a imparcialidade, a proporcionalidade, a transparência e a concorrência, se bem que o seu pendor, no caso do ajuste direto, seja menor do que, por exemplo, no concurso público, que os acolhe por excelência. Não obstante, estas normas de princípio incidem ou projetam-se no espaço de autonomia que aquelas normas atribuem às entidades adjudicantes, impondo certos cânones ou determinados parâmetros ao *iter* lógico insito no procedimento em apreço – o ajuste direto.

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

Concretizando, a auto vinculação da Administração está condicionada pela legalidade pelo que, sendo a exigência de requisitos de capacidade técnica ilegal, é irrelevante que a entidade adjudicante tenha solicitado às empresas convidadas, no ofício-convite, a apresentação de documentos comprovativos da sua titularidade.

E a aceitação das referidas exigências por parte das empresas concorrentes é irrelevante por essas exigências serem ilegais e dado não estarem em jogo direitos ou interesses disponíveis.

A transparência, a imparcialidade, a igualdade e a proporcionalidade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência.





Citando Rodrigo Esteves de Oliveira<sup>2</sup>, “ (...) o princípio da concorrência é atualmente a verdadeira trave-mestra da contratação pública (...) ”.

Imaginemos que a empresa adjudicatária é a única empresa em Portugal a deter os requisitos exigidos pela RAMEDM, S.A., no ofício-convite. Sendo assim, sempre que estes fossem introduzidos num procedimento, o resultado já estaria pré-determinado, passando a saber-se antecipadamente a quem iria ser adjudicada a obra, sempre à mesma pessoa coletiva.

O que claramente constitui uma violação do princípio da concorrência. Não se trata apenas de restringir – fundadamente ou não – a concorrência. Trata-se pura e simplesmente de a eliminar. A existência ou não de (possibilidade de) concorrência é uma realidade objetiva que, como tal, se aprecia objetivamente.

No caso, porém, a exigência formulada pela RAMEDM, S.A., não elimina, objetivamente, toda e qualquer concorrência porque mais empresas detêm os supra citados requisitos em Portugal. Contudo, a violação do princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, existe, no plano abstrato, tendo-se por ilegal a exigência, feita no convite.

Por outro lado, as referidas exigências não se referem, ou pelo menos não se referem diretamente e em exclusivo, como vimos antecedermente, ao modo de execução da obra em apreço, ou seja, à execução do contrato. Mais, ainda que esta exigência se referisse à execução do contrato, a prevalência do princípio da concorrência sempre deveria preferir qualquer eventual vantagem que adviesse da sua introdução no convite.

A aparente vantagem de uma melhor execução da empreitada acabaria por desaparecer com a eliminação da concorrência. A empresa vencedora, tendo garantido o ganho em todos os concursos da mesma natureza e com as mesmas exigências, facilmente cairia na tentação de não manter a mesma qualidade do serviço, pois a imposição de uma real e efetiva concorrência nos contratos públicos visa precisamente manter vivo o interesse em melhorar constantemente a oferta do serviço a prestar.

Noutra vertente, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade – artigo 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, e artigo 3.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA).

Este princípio para a Administração, ao contrário do que sucede para os particulares, significa não simples compatibilidade com a lei – fazer tudo o que a lei não proíba – mas vai mais longe, exige, conformidade com a lei – fazer só o que a lei prevê.

É o que resulta das expressões, utilizadas no mencionado artigo 3.º do CPA: “obediência à lei”, “nos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos” em “conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes foram conferidos”<sup>3</sup>.

No caso concreto, como vimos, as exigências formuladas no caderno de encargos às empresas convidadas seriam ilegais, face ao princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

<sup>2</sup> Em *Os princípios gerais da contratação pública, Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, páginas 66 e 67.

<sup>3</sup> Ver a este propósito Mário Esteves de Oliveira e outros, no *Código de Procedimento Administrativo*, comentado, 2.ª edição, página 89.

Decisão n.º 1/FP/2012

---

Assim, o princípio da legalidade e o da auto vinculação, este balizado pela legalidade, impunham a solução - a única legalmente possível - de não formular as exigências ínsitas aos pontos 13.9.2 a 13.9.7. do caderno de encargos.

Finalmente, cabe apreciar os princípios da contratação pública, em especial o da transparência, o da igualdade e o da imparcialidade subjacentes ao disposto no artigo 1.º, n.º 4 do CCP.

Por força do princípio da transparência, "Os interessados devem (...) poder retirar do «modelo de avaliação das propostas» as informações necessárias e úteis à conceção e apresentação da sua melhor proposta, ou seja, devem poder retirar dele os dados necessários para conhecer o que é que as entidades adjudicantes irão tomar em consideração para apurar a proposta mais competitiva, e em que medida ou em que peso"<sup>4</sup>.

Ou como ensina Diogo Freitas do Amaral<sup>5</sup>, o princípio da transparência " (...) postula, em síntese, que a Administração Pública (...) não lhes pode sonegar informação (...)".

E como refere Maria Teresa de Melo Ribeiro<sup>6</sup>, este princípio surge como " (...) forma de garantir, preventivamente, a imparcialidade da atuação da Administração".

O princípio da igualdade " (...) impõe à entidade adjudicante uma conduta estritamente igual para com todos os concorrentes e candidatos, impedindo-a de tomar medidas (diretas ou indiretas) de discriminação (jurídica ou fáctica) que possam beneficiar ou prejudicar ilegítimamente (é dizer, sem justificação suficiente) qualquer ou quaisquer deles"<sup>7</sup>.

O princípio da imparcialidade veda à entidade que lança o concurso situações objetivas que possam pôr em causa a sua isenção relativamente a qualquer dos concorrentes e " (...) impõe ainda, e de um modo especial, o dever por parte da Administração Pública de ponderar todos os interesses públicos e os interesses privados equacionáveis para o efeito de certa decisão antes da sua adoção"<sup>8</sup>.

Como se referiu, o princípio da concorrência é um princípio basilar da contratação pública. A par do princípio da legalidade que preside a toda a atuação da Administração. Todos os demais devem ser compaginados com estes princípios.

O procedimento pode ser transparente, imparcial e igualitário. Se não respeitar normas imperativas e as regras da livre concorrência, é ilegal. A transparência, a imparcialidade e a igualdade apenas se podem realizar num quadro de legalidade e livre concorrência.

Nestes pressupostos, encontramos a resposta que entendemos por adequada ao caso concreto, e que se reconduz a concluir que as exigências em apreço deveriam pura e simplesmente ser ignoradas, face ao princípio da concorrência, consignado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

Neste caso, não estaríamos, como argumenta a RAMEDM, S.A., perante um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, pois a capacidade em causa não seria exigível face ao princípio da legalidade, por constituir uma imposição ilegal, como acima ficou dito e, em especial, por violação do princípio da concorrência.

---

<sup>4</sup> Vide Rodrigo Esteves de Oliveira, in obra citada, página 101.

<sup>5</sup> In Curso de Direito Administrativo, volume II, Almedina, 2003, página 584.

<sup>6</sup> In O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública, Almedina, Coimbra, p. 191.

<sup>7</sup> Vide Rodrigo Esteves de Oliveira, in obra citada, página 92.

<sup>8</sup> Vide Diogo Freitas do Amaral, in obra citada, página, 580.





Por estar em causa a desobediência dos princípios da legalidade e da concorrência, também o da imparcialidade fica inquinado.

E nem vale o argumento da validade da exigência dos referidos documentos, no sentido de que os concorrentes aceitaram as peças do procedimento, que não pediram qualquer esclarecimento sobre as mesmas, ou que nem invocaram quaisquer eventuais erros ou omissões.

Trata-se de uma aceitação a que não pode ser reconhecido relevo jurídico. Na verdade esta aceitação só teria relevo se a exigência em causa fosse legal, e não é, como vimos. Isto porque não estão aqui em jogo direitos ou interesses disponíveis.

O princípio da concorrência e a proibição de valorização da qualidade dos concorrentes na fase de apreciação das propostas têm como objetivo a escolha da melhor proposta para a prestação de um serviço que persegue um fim público. Este interesse, pela sua natureza pública, não está na livre disponibilidade das partes, pública ou privada. Daí que a aceitação dessa imposição ilegal, prejudicando interesses públicos indisponíveis, seja inoperante.

O ajuste direto é um procedimento em que é a própria entidade adjudicante que escolhe as entidades a apresentar proposta, não sendo propriamente aquele que garanta maior concorrência. Pode, porém, implicar a avaliação de inúmeras propostas, inclusive algumas apresentadas por entidades não qualificadas. Mas as razões deste tipo, hierarquizadas à luz do interesse público específico a prosseguir através do contrato, apenas podem relevar no momento da escolha do procedimento, e não podem justificar exigências no seu âmbito que a lei não permite.

Nesse pressuposto, a projeção da norma da concorrência no âmbito do ajuste direto formado pelo CCP à entidade que o decide lançar não permite, no quadro atual, a fixação de quaisquer requisitos mínimos de capacidade técnica. Doutro modo, estar-se-iam a introduzir condições restritivas do acesso sem base justificativa e sem legitimidade.

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

Nesta conformidade, conclui-se que as exigências feita às empresas convidadas mediante as cláusulas inseridas nos pontos **13.9.2** a **13.9.7** do caderno de encargos, são ilegais por violarem o conjunto de normas que regulam o procedimento do ajuste direto no âmbito do CCP, designadamente os artigos 112.º a 127.º, assim como os princípios da legalidade e da auto vinculação administrativa, igualdade, concorrência, proporcionalidade, imparcialidade e transparência, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contrauais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do artigo 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), o que determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do artigo 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do CCP.

À luz dos fundamentos de recusa de visto, enunciados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, a ilegalidade decorrente da violação das normas e princípios ínsitos aos artigos supra invocados, pode constituir motivo de recusa de

Decisão n.º 1/FRP/2012

visto no quadro da previsão da citada alínea c), por se mostrar, pelo menos em abstrato, suscetível de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato.

Contudo, apurou-se que a RAMEDM, S.A., não foi objeto de qualquer recomendação até à presente data relativamente à ilegalidade detetada.

Por outro lado, não se poder dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, pelo que se afigura adequado que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar à RAMEDM, S.A., que, futuramente, evite a ilegalidade de que aqui se dá conta.

### III – DECISÃO

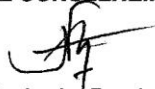
Pelo exposto, este Tribunal decide, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos excelentíssimos Assessores, conceder o visto ao contrato *sub judice*, com a recomendação à RAMEDM, S.A. de que:

1. Quando lance ajustes diretos, se cinja ao estrito cumprimento das normas que regulam esse procedimento consagradas no CCP, previstas designadamente nos artigos 112.º a 127.º, não introduzindo, designadamente, exigências ilegais que restrinjam a concorrência, e
2. Quando pretenda proceder à qualificação dos concorrentes, através, designadamente, da imposição de requisitos mínimos de capacidade técnica, adote o concurso limitado por prévia qualificação.

São devidos emolumentos no montante de 461,00€.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 4 de janeiro de 2012.

**O JUIZ CONSELHEIRO**

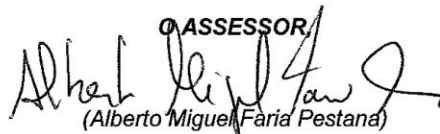


(João Aveiro Pereira)

**A ASSESSORA,**

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

**O ASSESSOR,**



(Alberto Miguel Faria Pestana)



Tribunal de Contas  
*Secção Regional da Madeira*

---



Tribunal de Contas  
*Secção Regional da Madeira*

---

Fui presente,  
O Procurador-Geral Adjunto,

(José Alberto Varela Martins)

---

Processo n.º 188/2011 – RAMEDM - ESTRADAS DA MADEIRA, S.A.