

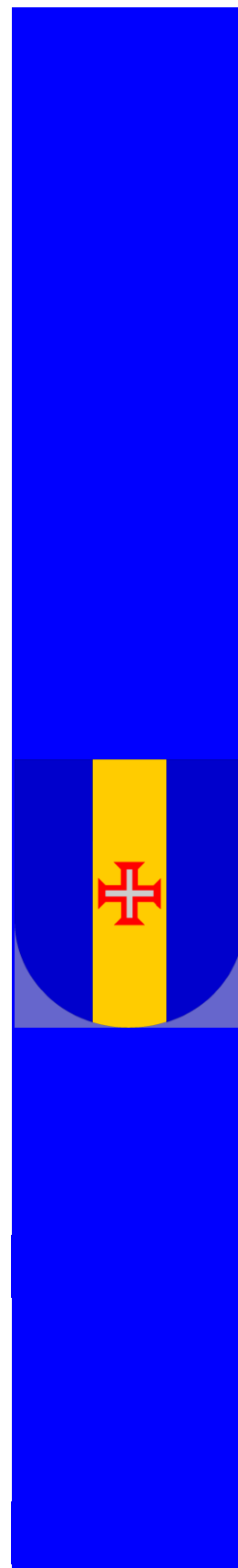


Relatório n.º 1/2013 – FP/SRMTC

**Auditoria de fiscalização prévia ao contrato
da empreitada de execução do "Caminho Pene-
do/Serra D'Água (Seixal)"**

Processo n.º 4/2012 – Aud/FP

Funchal, 2013





**Auditoria para apuramento de responsabilidades
financeiras identificadas no exercício da fiscalização
prévia, no âmbito do contrato da empreitada
de execução do
"Caminho Penedo/Serra D'Água (Seixal)"**

**RELATÓRIO N.º 1/2013 - FP/SRMTC
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS**



ÍNDICE

ÍNDICE	1
RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS	2
FICHA TÉCNICA.....	2
1. SUMÁRIO	3
1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	3
1.2. OBSERVAÇÕES.....	3
1.3. RESPONSABILIDADE FINANCEIRA	4
1.4. RECOMENDAÇÕES.....	4
2. CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO	5
2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS	5
2.2. METODOLOGIA	5
2.3. AUDIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS.....	5
3. RESULTADOS DA ANÁLISE	7
3.1. DESCRIÇÃO DOS FACTOS RELEVANTES	7
3.1.1 <i>A exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica</i>	7
3.1.2 <i>Modelo de avaliação de propostas adotado fixado em desrespeito pelo disposto nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP</i>	8
3.1.2 <i>A Decisão n.º 5/FP/2012, de 8 de março</i>	10
3.2. NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS.....	16
3.3. CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES E RESPECTIVO ENQUADRAMENTO LEGAL.....	16
3.4. IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS	17
3.5. JUSTIFICAÇÕES APRESENTADAS NO ÂMBITO DA VERIFICAÇÃO PRELIMINAR	17
3.6. APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO	18
3.7. IDENTIFICAÇÃO DE ANTERIORES CENSURAS/RECOMENDAÇÕES FORMULADAS.....	21
4. DETERMINAÇÕES FINAIS	23

Relação de Siglas e Abreviaturas

SIGLA / ABREVIATURA	DESIGNAÇÃO
AL(S)	Alinea(s)
ART.º(S)	Artigo(s)
AUD	Auditoria
CCP	Código dos Contratos Públicos
CMPM	Câmara Municipal de Porto Moniz
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto(s)-Lei(s)
DLR	Decreto Legislativo Regional
FP	Fiscalização prévia
GR	Governo Regional
IAS	Indexante dos Apoios Sociais
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
JC	Juiz Conselheiro
LOE	Linhas de Orientação Estratégica
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
OE	Objetivo Estratégico
PG	Plenário Geral
PL	Plenário
S	Secção
S.A.	Sociedade Anónima
SRMTC	Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
TECNOVIA, S.A.	Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.
UAT	Unidade de apoio Técnico

Ficha Técnica

SUPERVISÃO	
Miguel Pestana	Auditor-Coordenador
EQUIPA DE AUDITORIA	
Alexandra Moura	Auditora-Chefe
Alice Ferreira*	Técnica Verificadora Superior
Ilídio Garanita*	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 175/2011, que respeita ao contrato da empreitada de execução do “*Caminho Penedo/Serra D’Água (Seixal)*”, outorgado, em 10 de outubro de 2011, entre a Câmara Municipal de Porto Moniz (CMPM) e a empresa “*Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*”(Tecnovia, S.A.), pelo preço de 436 000,00€ (s/IVA).

1.2. Observações

Com base na análise efetuada, apresentam-se as seguintes observações, que sintetizam os principais aspetos da matéria desenvolvida ao longo deste documento:

1. As exigências formuladas no programa do concurso público lançado com vista à adjudicação da empreitada do “*Caminho Penedo/Serra D’Água (Seixal)*”, mais concretamente no clausulado inserido nos artigos 9.º¹ e 15.º, n.º 5, al. a), daquela peça, são ilegais por violarem o acervo de normas que regulam esse procedimento, acolhidas no Código dos Contratos Públicos (CCP)², designadamente nos art.ºs 130.º a 148.º, assim como os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais e que transparecem quer do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do art.º 1.º, n.º 4, do CCP (cfr. o ponto **3.1.**).
2. O modelo de avaliação das propostas erigido no *Anexo I – Regulamento de avaliação* ao mesmo programa do procedimento, em desenvolvimento do critério de adjudicação adotado pela CMPM, da proposta economicamente mais vantajosa, fixado no artigo 17.º, n.º 1³, daquela mesma peça concursal, não observa a disciplina normativa plasmada nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP (cfr. o ponto **3.1.**).

¹ Os concorrentes deveriam preencher os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

- *Ter concluído pelo menos uma empreitada enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro;*
- *O diretor de obra ser licenciado em engenharia civil ou ser engenheiro técnico civil;*
- *O encarregado geral ter participado enquanto tal, em pelo menos uma empreitada, enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro.*

² 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’s 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’s 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’s n.ºs 117-A/2012, de 14 de junho, e 149/2012, de 12 de julho.

³ No respeitante ao fator “*Valia Técnica da Proposta*” faltou definir, clara e previamente, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitisse a atribuição das pontuações parciais nos subfactores impedindo que ficasse claro qual o trajeto seguido pelo júri para fazer corresponder à propostas dos concorrentes, nos subfactores “*Modo de execução da obra-Memória descritiva*”, “*Plano de trabalhos*” e “*Plano de equipamentos e mão-de-obra*”, a classificação de 0 a 100 pontos, com remissão apenas para as expressões «*muito adequada*», «*adequada*», «*adequada com lacunas*», «*pouco adequada*» e «*inadequada*».

1.3. Responsabilidade financeira

Embora os factos descritos e sintetizados no anterior ponto **1.2.** sejam suscetíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória, a matéria de facto apurada fornece um quadro adequado à sua relevância, por se encontrarem preenchidos os requisitos enunciados nas als. a) a c) do n.º 8 do art.º 65.º da 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 abril⁴.

1.4. Recomendações

No contexto da matéria exposta no relatório e resumida nas observações da auditoria, o Tribunal de Contas recomenda à CPM⁵ que:

1. Sempre que desencadeie concursos públicos, dê estrito cumprimento às normas do CCP que regulam esse procedimento, designadamente as constantes dos art.ºs 130.º a 148.º, garantindo, em particular, que não são aí introduzidas exigências ilegais suscetíveis de restringir a concorrência.
2. Observe escrupulosamente o disposto nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, também do CCP, explicitando, em concreto, no modelo de avaliação das propostas, quando opte pelo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dê conhecimento aos concorrentes no programa do concurso.

⁴ Diploma entretanto novamente alterado pelas Leis n.ºs 61/2011, de 7 de dezembro, e 2/2012, de 6 de janeiro.

⁵ Em reiteração da recomendação formulada no âmbito da Decisão n.º 5/FP/2012, de 8 de março, que incidiu sobre o processo de visto que consubstanciou o contrato de empreitada de 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, foi inscrita a auditoria orientada designada por *auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia*⁶.

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 2011-2013⁷.

Dando concretização àquela auditoria, foi ordenada, por despacho do Juiz Conselheiro da SRMTC, de 14 de maio de 2012, exarado na Informação n.º 43/2012/UAT I, datada de 8 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 175/2011, respeitante ao contrato da empreitada de execução do “Caminho Penedo/Serra D’Água (Seixal)”, outorgado, em 10 de outubro de 2011, entre a CPM e a Tecnovia, 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 45/2012/UAT I⁸, foram acolhidos, com as adaptações impostas pelas especificidades próprias desta ação, os métodos e os procedimentos definidos no *Manual de Auditoria e de Procedimentos*⁹, tendo sido igualmente seguidas as determinações constantes do Despacho n.º 1/2012-JC/SRMTC, de 30 de janeiro¹⁰.

2.3. Audição dos responsáveis

Dando cumprimento ao princípio do contraditório consagrado no art.º 13.º da LOPTC¹¹, procedeu-se à audição do Presidente da Câmara Municipal de Porto Moniz, Edegar Valter Castro Correia, dos vereadores Juan Manuel Pardau de França, Maria Fátima Costa, João Emanuel Silva Câmara e Orlando

⁶ Publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 244, de 22 de dezembro de 2011, sob o n.º 26/2011.

⁷ Aprovado pelo Plenário Geral, em reunião de 21 de junho de 2010.

⁸ A qual continha, em anexo, cópia da Decisão n.º 5/FP/2012, de 8 de março, que recaiu sobre o processo de visto n.º 175/2011, do programa do concurso público da empreitada em análise, e das Atas do Executivo Camarário de onde constam a deliberação da abertura do procedimento de formação do contrato (Ata n.º 14/2011, de 28 de julho), e a de retificação do artigo 9.º do programa do concurso (Ata n.º 15/2011, de 4 de agosto), à qual agora se junta a ata que conduziu à adjudicação da obra pública em referência (Ata n.º 17/2011, de 15 de setembro), e ofícios subscritos pelo Presidente da Autarquia, com as ref.ºs 1600/2267/2012 e 1618/2285/2012, de 1 e 3 de outubro p.p., onde é identificada a autoria das peças do procedimento patenteadas a concurso.

⁹ 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.

¹⁰ Que adapta à SRMTC a Resolução n.º 3/2011-1.ªS/PL do Tribunal de Contas.

¹¹ Através dos ofícios da SRMTC com os n.ºs 1875 a 1880, remetidos a 11 de outubro de 2012.

Gouveia Ferro Fernandes, e da Técnica Superior Maribel Sousa Caldeira, relativamente ao relato da auditoria.

Dentro do prazo concedido (10 dias úteis) para o efeito, os responsáveis notificados apresentaram as suas alegações¹²:

- ❖ A Técnica Superior Maribel Sousa Caldeira, responsável pela elaboração do programa do concurso, respondeu individualmente;
- ❖ O Presidente e os vereadores que votaram favoravelmente a adjudicação da obra, designadamente o Presidente, Edegar Valter Castro Correia, e os vereadores Juan Manuel Pardau de França e Maria Fátima Costa, responderam individualmente, embora as alegações sejam de teor idêntico;
- ❖ Os vereadores que se abstiveram na reunião camarária em que foi adjudicada a obra, João Emanuel Silva Câmara e Orlando Gouveia Ferro Fernandes, aduziram alegações num único documento, subscrito por ambos.

As alegações assim produzidas foram tidas em conta na elaboração deste relatório, onde se encontram sintetizadas e/ou transcritas na exata medida da sua pertinência, acompanhadas dos comentários julgados adequados.

¹² A que correspondem os registos de entrada na SRMTC com os n^{os}: 2854, de 13 de setembro, 2975, 2976, 2977, 2978, 2979 e 2980, de 26 de outubro, respetivamente.



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 11 de outubro de 2011, sob o n.º 175/2011, o processo respeitante ao contrato da empreitada de execução do “Caminho Penedo/Serra D’Água (Seixal)”, formalizado, em 10 de outubro do mesmo ano, entre a CMPM, e a Tecnovia, S.A., pelo preço de 436 000,00€ (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

Através da deliberação tomada pela CMPM, em reunião de 28 de julho de 2011, foi autorizada a abertura de um concurso público, regulado pelo CCP, tendente à adjudicação da empreitada de execução do “Caminho Penedo/Serra D’Água (Seixal)”, e aprovadas as peças do procedimento, da autoria da então Chefe de Divisão de Recursos Humanos e Contratação Pública, Maribel Sousa Caldeira (designadamente o programa do concurso e as cláusulas gerais do caderno de encargos) e da *Norvia Prima, Engenharia e Arquitectura, S.A.* (em concreto, o projeto e as cláusulas técnicas do caderno de encargos).

Nessa sequência, foi aquele procedimento divulgado no Diário da República, II Série, n.º 144, (Parte L) de 28 de julho de 2011, com o preço base de 623 538,50€ (s/IVA), e o prazo de execução de 360 dias a contar da data da consignação¹³.

No artigo 9.º do programa do procedimento, retificado na reunião da Câmara a 4 de agosto, era exigido aos potenciais concorrentes que detivessem os seguinte requisitos mínimos de capacidade técnica:

- ⇒ Ter concluído pelo menos uma empreitada enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro;
- ⇒ O diretor de obra deveria ter o grau de licenciado em engenharia civil ou ser engenheiro técnico civil;
- ⇒ O encarregado geral deveria ter participado enquanto tal, em pelo menos uma empreitada, enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro.

Complementarmente, o artigo 15.º, n.º 5, al a), da mesma peça processual exigia a apresentação pelos concorrentes, como um dos elementos relativos aos aspetos não submetidos à concorrência (condições da proposta), de uma declaração que atestasse o cumprimento dos requisitos mínimos estabelecidos no supra citado artigo 9.º.

¹³ Cujo auto, nos termos da cláusula 3.ª do contrato, apenas seria elaborado no prazo de 5 dias após a concessão do visto do Tribunal de Contas.

3.1.2. Modelo de avaliação de propostas adotado fixado em desrespeito pelo disposto nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP

Noutro âmbito, o artigo 17.º, n.º 1, do programa do concurso definia que a adjudicação seria feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, desenvolvido no modelo de avaliação constante do Anexo VI – Regulamento de avaliação, tendo em conta os seguintes fatores:

- Preço da obra ----- 0,60;
- Valia técnica da proposta ----- 0,40.

Do referido modelo de avaliação, resulta que a pontuação global de cada proposta seria alcançada pelo resultado da soma das pontuações parciais obtidas nos seguintes fatores e subfactores elementares, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação, conforme a fórmula que se passa a transcrever:

$$PG = (0.6 \times Po) + (0.4 \times Vtp)$$

PG – Pontuação Global de cada proposta;

Po – Preço da Obra;

Vtp – Valia Técnica da Proposta.

FATOR	SUBFATOR	COEFICIENTE DE PONDERAÇÃO	
a) Preço da Obra (Po):			0,6
b) Valia Técnica da Proposta – (VTP)	A1	Modo de execução da Obra – Memória Descritiva	60
	A2	Plano de trabalhos	20
	A3	Plano de equipamentos e de Mão-de-obra	20
			0,4

A1 - Na Memória Descritiva e Justificativa seria analisada a coerência da descrição da metodologia proposta para execução da obra, bem como os métodos e técnicas adotadas e os materiais a utilizar, classificando-se do seguinte modo:

- a) **100 Pontos** - Adequação da Memória Descritiva e Justificativa. Pontuação muito adequada (demonstra total compreensão e um estudo profundo das especificidades da obra; expõe detalhadamente quer a metodologia utilizada quer as soluções viáveis que preconiza para a realização dos trabalhos, acompanhando as mesmas de peças desenhadas pormenorizadas e catálogos/fichas técnicas dos materiais a utilizar; apresenta um plano de estaleiro detalhado e cumprindo com todas as especificações do Caderno de Encargos e legislação em vigor, particularmente no que se refere à Higiene, Segurança e Saúde no Trabalho e à Gestão de Resíduos de Construção e Demolição);
- b) **75 Pontos** - Adequada (demonstra uma grande compreensão e estudo das especificidades da obra; apresenta soluções viáveis para a realização dos trabalhos, acompanhadas de peças desenhadas com algum pormenor; apresenta um plano de estaleiro com algum detalhe e cumprindo com todas as especificações do Caderno de Encargos e legislação em vigor, particularmente no que se refere à Higiene, Segurança e Saúde no Trabalho e à Gestão de Resíduos de Construção e Demolição);



- c) **50 Pontos** - Adequada com lacunas (demonstra compreensão e um estudo simplificado das especificidades da obra; apresenta soluções para a realização dos trabalhos, mas sem estudo de viabilidade, acompanhadas de peças desenhadas com reduzido detalhe; apresenta um plano de estaleiro com algum detalhe mas apenas cumprindo parcialmente com as disposições do Caderno de Encargos e legislação em vigor);
- d) **25 Pontos** - Pouco adequada (demonstra uma compreensão muito elementar da obra, não demonstrando um estudo da mesma; apresenta soluções muito genéricas para a realização dos trabalhos, sem qualquer estudo de viabilidade e sem peças desenhadas; apresenta um plano de estaleiro com reduzido detalhe e cumprindo apenas parcialmente com as disposições do Caderno de Encargos e legislação em vigor);
- e) **0 Pontos** – Inadequada.

A2 e A3 - O Plano de Trabalhos, Plano de Equipamentos e de Mão-de-obra, seriam analisados com base na correta progressão das atividades, o faseamento construtivo ou planeamento das frentes de trabalho, a quantidade e rendimento das atividades e a correta relação dos meios humanos e equipamentos a afetar à obra, classificando-se do seguinte modo:

- a) **100 Pontos** - Muito adequado – (considera todas as atividades escalonadas por tipo de trabalho, indicando a duração, as relações de precedência e de mobilidade adequadas e tendo em conta as condicionantes da atividade, os potenciais subempreiteiros e fazendo a distinção das diversas frentes de trabalho considerando também a simultaneidade de equipamentos e de mão-de-obra associados a cada frente; apresenta um caminho crítico adequado e com bom detalhe das atividades; existe conformidade entre a Memória Descritiva e as equipas-tipo e respetivos rendimentos; indica, para a quase totalidade das atividades e em conformidade com as durações previstas, as quantidades de trabalho e rendimentos);
- b) **75 Pontos** - Adequado - (considera as atividades escalonadas por tipo de trabalho, indicando a sua duração e algumas relações de precedência; distingue diferentes frentes de trabalho e respetivos equipamentos mas não mão-de-obra, ou vice-versa; apresenta um caminho crítico com algum detalhe das atividades; existe coerência entre a Memória Descritiva e grande parte das equipas-tipo e respetivos rendimentos apresentados; indicam-se grande parte das atividades, quantidades de trabalho e rendimentos, em conformidade com as durações previstas);
- c) **50 Pontos** - Adequado com lacunas (considera apenas atividades principais, indicando a duração das mesmas mas sem estabelecer relações de precedência; distingue as várias frentes de trabalho sem, no entanto, afetar às mesmas equipamento ou mão-de-obra; apresenta um caminho crítico mas com reduzido detalhe; existe apenas conformidade parcial entre a Memória Descritiva e as equipas-tipo e os seus rendimentos; apresentam-se Quantidades de trabalho e rendimentos apenas para as principais atividades, que estão, em geral, conformes com a sua duração);
- d) **25 Pontos** - Pouco adequado (apresenta apenas atividades principais, sem registos de duração; distingue apenas genericamente as frentes de trabalho; apresenta um caminho crítico mas sem traduzir adequadamente a obra; existe reduzida conformidade entre as equipas-tipo e os seus rendimentos e a Memória Descritiva; indica quantidades de trabalho e rendimentos só para algumas atividades);
- e) **0 Pontos** – Inadequado.

No que respeita ao **Fator preço** seriam atribuídas as pontuações entre os limites 0 e 10, de acordo com a fórmula seguinte, sendo que 10 seria a pontuação máxima que corresponderia a um valor de 40% do preço-base e 0 a pontuação mínima que corresponderia ao valor do preço-base.

A fórmula para valorização era a seguinte:

$$\text{Pontuação} = 10 \left\{ \frac{\text{Valor da proposta em análise} - 0.4 \times \text{Preço base}}{0.6 \times \text{Preço base}} \times 10 \right\}$$

As propostas com valor igual ou inferior a 40% do preço base, caso tivessem por base causas aceitáveis e justificáveis e conforme previsto nos n.ºs 3 e 4 do art.º 71.º do CCP, seriam pontuadas com 10 pontos.

O **Fator valia técnica da proposta** seria avaliado através de uma grelha que permitisse atribuir uma pontuação de 0 a 10 valores, a cada concorrente, obtida através da seguinte expressão matemática:

$$\text{Pvt} = [(0.60 \times \text{A1}) + (0.20 \times \text{A2}) + (0.20 \times \text{A3})] \times 0,40$$

Pvt - Pontuação do Fator Valia Técnica da Proposta:

A1 - Pontuação obtida para o subfactor Plano de Trabalho, Plano de Equipamentos e Plano de Mão-de-obra a afetar à obra;

A2 – Pontuação obtida para o subfactor Memória Descritiva e Justificativa da execução da obra;

A3 - Pontuação obtida para o subfactor Adequação dos Planos de Mão-de-obra e Equipamentos ao Plano de Trabalhos.

O procedimento pré-contratual desencadeado culminou com a adjudicação da obra municipal à firma Tecnovia, S.A., por deliberação tomada por maioria dos membros do Executivo Camarário de 15 de setembro de 2011, em acolhimento do proposto no relatório final elaborado pelo júri do concurso a 6 de setembro do mesmo ano, designadamente com os votos favoráveis do Presidente da Edilidade, Edegar Valter Castro Correia, e dos demais vereadores do PSD, Juan Manuel Pardau de França e Maria Fátima Costa, e com as abstenções dos vereadores do PS, João Emanuel Silva Câmara e Orlando Gouveia Ferro Fernandes.

3.1.2 A Decisão n.º 5/FP/2012, de 8 de março

O processo em questão foi apreciado em sessão ordinária de 8 de março de 2012, da SRMTC, na qual foi concedido o visto ao contrato com recomendações ao Município de Porto Moniz, através da Decisão n.º 5/FP/2012, com base na seguinte fundamentação¹⁴:

“Dos factos tidos por assentes nos (...) autos sobressaem duas questões de legalidade que se refletem no ato de adjudicação da empreitada em causa e, conseqüentemente, no contrato que agora se analisa:

1. *A primeira dessas questões prende-se com o facto de a Câmara Municipal do Porto Moniz ter estabelecido os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica no artigo 9.º do programa do procedimento que os concorrentes deviam preencher:*

- *Ter concluído pelo menos uma empreitada enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro;*
- *O diretor de obra ser licenciado em engenharia civil ou ser engenheiro técnico civil;*
- *O encarregado geral ter participado enquanto tal, em pelo menos uma empreitada, enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro.*

¹⁴ O teor integral da Decisão n.º 5/FP/2012, de 2 de março, encontra-se publicado no link <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2012/srmtc/dec005-2012-srmtc.pdf>.



Sendo que cada concorrente deveria apresentar uma declaração atestando o cumprimento desses mesmos requisitos mínimos, em conformidade com o artigo 15.º, n.º 5, alínea a), do programa do concurso, a qual consubstanciava um elemento relativo aos aspetos não submetidos à concorrência (condições da proposta – nesse sentido, vide o referido n.º 5.).

No pressuposto de que as normas que disciplinam o concurso público consagradas no CCP, procedimento que antecedeu a outorga do contrato sub judice, não fazem referência à possibilidade de a entidade adjudicante poder enxertar nesse procedimento qualquer fase de apreciação de requisitos mínimos de capacidade técnica, foi solicitado à Autarquia que clarificasse o porquê dessa exigência, tendo este Município trazido à consideração deste Tribunal que tal se deveu à « (...) especificidade da obra, de forma a garantir que os responsáveis pela sua execução tivessem conhecimento deste tipo de empreitada, tratando-se apenas de um reforço do alvará exigido no artigo 11.º do Programa do Procedimento (...) », que se fundamentou no n.º 4 do art.º 132.º do CCP, e acresceu que esses requisitos não foram considerados na avaliação das propostas.

Concretizando a análise da resposta do Município, cumpre desde logo assinalar que a empreitada de execução do «Caminho Penedo/Serra D'Água (Seixal)», não evidencia qualquer qualidade, característica ou aspeto de complexidade técnica que justificasse essa particular exigência, ao contrário do que argumenta aquela Autarquia.

Isto porque os trabalhos a executar consubstanciam-se em terraplanagens, pavimentação, obras correntes e acessórias, água potável, esgotos domésticos e pluviais, infraestruturas elétricas e telefónicas e iluminação pública, com o comprimento total de cerca de 250m, e uma faixa de rodagem tipo 4,50m, indo o caminho servir uma zona de habitação em meio rural, e com respeito pelo caminho já existente, embora fossem feitas pontualmente alterações a esse traçado de modo a permitir maior comodidade de circulação e dos próprios condicionamentos orográficos.

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

Esta disposição permissiva versa precisamente sobre a possibilidade de a entidade adjudicante introduzir regras no procedimento que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. O que é precisamente o inverso do que aconteceu in casu, pois com a exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica no artigo 9.º do programa do procedimento a Edilidade esteve, na prática, a introduzir normas ilegais que restringiram a concorrência, condicionando a admissão ao concurso público a entidades que preenchessem essas exigências.

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

A opção por este tipo de procedimento constitui já uma manifestação de um espaço de autonomia administrativa conferida pelas normas reguladoras dos procedimentos pré-contratuais. Com efeito, considerando o valor do contrato a celebrar, o art.º 18.º do CCP atribui ao órgão competente para a decisão de contratar uma liberdade de escolha entre os procedimentos de concurso público e de concurso limitado por prévia qualificação.

A discricionariedade de escolha optativa conferida por esta norma tem implicação direta na otimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no concurso

público, no concurso limitado por prévia qualificação o acesso ao procedimento é limitado a quem preencher determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.

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

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

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

Tanto assim é que no concurso limitado por prévia qualificação existe sempre, por definição, uma fase prévia de qualificação em que se avaliam a capacidade técnica e a capacidade financeira dos candidatos, sendo os 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 concurso público entende-se que se basta com a habilitação do adjudicatário.

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

O art.º 7.º do DL n.º 12/2004, de 9 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na 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 art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo diploma resulta que a **capacidade técnica** de uma empresa de construção é determinada em função da sua estrutura organizacional e da avaliação dos 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 o Município do Porto Moniz entendia que a mera titularidade pelos concorrentes de alvará nas subcategorias e categorias nas classes adequadas à natureza e ao valor dos trabalhos, enunciadas no artigo 11.º do programa do concurso, era insuficiente para a execução da obra posta a concurso, deveria ter lançado um outro procedimento, onde pudesse fazer uma apreciação mais exigente da capacidade técnica dos mesmos – o concurso limitado por prévia qualificação.

Ou seja, sempre que a entidade adjudicante pretenda avaliar a capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos, para além da capacidade revelada pelos documentos de habilitação, o procedimento adequado é o concurso limitado por prévia qualificação, em conformidade com o juízo de



adequação que o órgão competente para a decisão de contratar faça em relação à necessidade que visa satisfazer com o contrato a celebrar e à idoneidade do meio escolhido para essa satisfação.

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

Tal como ocorre na discricionariedade administrativa globalmente considerada, também a discricionariedade procedimental tem os limites de normas reguladoras dessa autonomia, normas que estabelecem limites e direcionam o exercício da discricionariedade atribuída. Referimo-nos, quer aos princípios gerais da atividade administrativa, para que remete o art.º 5.º, n.º 6, al. a), do CCP, quer aos princípios específicos da contratação pública referidos no art.º 1, n.º 4 do Código em referência. A imposição de requisitos mínimos de capacidade técnica no âmbito de um concurso público disciplinado por aquele diploma tem por limite não somente essas normas, mas também determinados princípios, como a igualdade, a imparcialidade, a proporcionalidade, a transparência e a concorrência. Estas normas de princípio incidem ou 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 concurso público.

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

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

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

A projeção da norma da concorrência no âmbito do concurso público 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.

E se a Câmara Municipal do Porto Moniz entendia que o preenchimento desses requisitos 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 a exigência feita aos concorrentes de que deveriam ter concluído pelo menos uma empreitada enquadrada na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro, que o diretor de obra deveria ser licenciado em engenharia civil ou engenheiro técnico civil, e que o encarregado geral deveria ter participado, enquanto tal, em pelo menos uma empreitada, enquadrada na mesma 1.ª subcategoria da 2.ª categoria, violou o conjunto de normas que regulam o procedimento do concurso público no âmbito do CCP, designadamente os art.ºs 130.º a 148.º, em especial o disposto no art.º 132.º, assim como os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do art.º 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 art.º 135.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

- 2. A segunda questão reside no facto de o modelo de avaliação das propostas consagrado no artigo 17.º do programa do procedimento, e no respetivo Anexo VI, se encontrar tratado de modo inadequado por não observar integralmente os termos do art.º 132.º, n.º 1, al. n), do CCP, que preceitua que o programa do concurso deve indicar «O critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os fatores e os eventuais subfactores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos fatores ou subfactores elementares, a respetiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais».*

No caso, a seleção do cocontratante seguiu o critério previsto na alínea a) do n.º 1 do art.º 74.º do CCP, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, e o programa do concurso explicitou os fatores e os subfactores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

Todavia, o artigo 17.º do programa do procedimento, e em concreto o Anexo VI, não percebe corretamente as questões do modelo de avaliação das propostas, porquanto omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfactores do fator Valia Técnica da Proposta do critério de adjudicação.

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

E, muito particularmente, que, para cada um dos subfactores do fator Valia Técnica da Proposta, não se definiu « (...) uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da



execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse fator ou subfactor», conforme prescreve o n.º 3 do citado art.º 139.º.

O legislador procura neste domínio garantir que a elaboração do modelo de avaliação das propostas se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, já acima assinalados (vide o parágrafo final do antecedente ponto I.).

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

Assume, por isso, importância o facto de, para a atribuição das pontuações parciais nos subfactores em causa, o modelo aludir simplesmente a uma escala estruturada com recurso a expressões, no que toca à escala valorativa definida para os subfactores «Modo de execução da obra-Memória descritiva», «Plano de trabalhos» e «Plano de equipamentos e mão-de-obra», que compõem o fator «Valia técnica da proposta», uma vez que, para esse efeito, a entidade adjudicante limitou-se a recorrer a expressões sem as densificar, tais como «muito adequada», «adequada», «adequada com lacunas», «pouco adequada» e «inadequada».

Por isso não vinga o argumento da Edilidade de Porto Moniz de que aquelas expressões « (...) atendidas no cômputo geral cumprem os preceitos normativos, estabelecendo-se ainda os valores dos coeficientes de ponderação e a escala de pontuação (...) », pois a ideia que se pode formular acerca daquele modelo de avaliação é a de que os paradigmas de referência adotados são vagos e genéricos, e não abonam a favor de uma avaliação objetiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objetiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Com efeito, a densificação de que o Município lançou mão, considerando, por exemplo, que uma memória descritiva e justificativa é «muito adequada» porque «demonstra total compreensão e um estudo profundo das especificidades da obra», ou que é «adequada» porque «demonstra uma grande compreensão e estudo das especificidades da obra», ou que o plano de trabalhos, plano de equipamentos e de mão-de-obra, serão classificados como «adequado com lacunas» se apresentarem «um caminho crítico mas com reduzido detalhe», ou como «pouco adequado» se apresentarem «um caminho crítico mas sem traduzir adequadamente a obra», é passível de permitir à entidade adjudicante efetivamente escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos.

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

Omissão que impediu que ficasse claro qual o trajeto seguido pelo júri para fazer corresponder à proposta do concorrente «Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.», nos citados subfactores Modo de execução da obra-Memória descritiva, Plano de trabalhos e Plano de equipamentos e mão-de-obra, a pontuação de 0 a 100 pontos, com remissão apenas para as expressões «muito adequada», «adequada», «adequada com lacunas», «pouco adequada» e «inadequada», assim como no que toca ao raciocínio desencadeado para efeitos de atribuição da pontuação aos demais concorrentes nos mesmos subfactores, porquanto se colocam exatamente as mesmas incertezas.

Tem-se assim por relevante que a entidade adjudicante tinha a obrigação de explicitar no modelo de avaliação as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conheci-

mento aos concorrentes no programa do procedimento, conforme determinam os art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, do CCP, cuja violação determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do art.º 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato, nos termos do citado art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

3. As ilegalidades evidenciadas nos pontos 2. e 3., traduzidas na fixação de habilitações técnicas que vão para além das legalmente exigidas, em violação das normas que regulam o concurso público acolhidas no CCP, previstas nos art.ºs 130.º a 148.º, mais concretamente no art.º 132.º, e na escolha de um modelo de avaliação das propostas que não observa a disciplina normativa plasmada no CCP, em concreto a que resulta dos art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, nem os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais, emergentes do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e do art.º 1.º, n.º 4, do citado Código (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), mostram-se suscetíveis de terem alterado o resultado financeiro do procedimento desencadeado, constituindo, por isso, fundamento para a recusa do visto ao contrato de empreitada em apreciação, por força do estatuído na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, a configurar-se a hipótese de terem afastado do procedimento outros potenciais interessados em contratar, e impedido a Câmara Municipal do Porto Moniz de receber outras propostas porventura mais vantajosas do que a escolhida.

Apurou-se, porém, que a Câmara Municipal do Porto Moniz nunca foi objeto de qualquer recomendação relativamente às ilegalidades agora detetadas.

Por outro lado, não se pode 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 mesma Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar à Câmara Municipal do Porto Moniz que, futuramente, evite as ilegalidades de que aqui se dá conta”.

3.2. Normas legais aplicáveis

Os preceitos normativos cujo desrespeito conduziu à prática das ilegalidades sintetizadas no ponto 3. do ponto anterior, extraído da Decisão n.º 5/FP/2012, são:

- No que concerne à primeira delas, os art.ºs 130.º a 148.º do CCP;
- No segundo caso, as normas pertinentes são os art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, todos do CCP;
- Em ambas as situações, o art.º 266.º, n.º 2, da CRP, 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

As ilegalidades assinaladas no âmbito da apreciação do processo de visto em referência, consubstanciadas na inobservância dos preceitos legais identificados no antecedente ponto 3.2 são passíveis de configurar ilícitos financeiros, enquadráveis nas previsões normativas da al. b) do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 65.º da LOPTC, que consagram a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas, dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando esteja em causa a violação de normas sobre a assunção de despesas públicas ou compromissos.



3.4. Identificação dos responsáveis

As infrações financeiras assinaladas, puníveis com multa, são imputáveis, 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) À Técnica Superior Maribel Sousa Caldeira, responsável pela elaboração do programa do concurso onde foram fixadas as habilitações técnicas que vão para além das legalmente exigidas, e o modelo de avaliação das propostas que não observa a disciplina normativa plasmada no CCP.
- b) Aos membros da Câmara Municipal de Porto Moniz que estiveram presentes na reunião de 15 de setembro de 2011, quer os que votaram favoravelmente a adjudicação da presente obra, designadamente o Presidente, Edegar Valter Castro Correia, e os vereadores Juan Manuel Pardau de França e Maria Fátima Costa, quer os que se abstiveram¹⁵, nomeadamente os vereadores João Emanuel Silva Câmara e Orlando Gouveia Ferro Fernandes.

3.5. Justificações apresentadas no âmbito da verificação preliminar

Pronunciando-se em sede de verificação preliminar do processo, foi advogado o seguinte pelo Presidente da Autarquia, através do ofício com a referência 1964/2616/2011, de 26 de outubro:

Quanto à primeira das ilegalidades detetadas, que “ (...) nos termos do n.º 4 do artigo 132.º do Código dos Contratos Públicos, o Município considerou adotar requisitos mínimos de capacidade técnica, atendendo à especificidade da obra, de forma a garantir que os responsáveis pela sua execução tivessem conhecimento deste tipo de empreitada (...) tratando-se apenas de um reforço do alvará exigido no artigo 11.º do Programa do Procedimento, e ainda, que tais requisitos mínimos não foram considerados na avaliação das propostas”.

Relativamente à segunda questão, e em suma, que “ (...) foi estabelecido um modelo de avaliação de propostas considerando o disposto na alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º do Código dos Contratos Públicos, no qual procurámos densificar o modo de avaliação do fator valia técnica da proposta da melhor forma possível. Apesar das expressões «muito adequada», «adequada», «adequada com lacunas», «pouco adequada» e «inadequada» observadas isoladamente poderem indiciar alguma subjetividade, consideramos que atendidas no âmbito geral cumprem os preceitos normativos, estabelecendo-se ainda os valores dos coeficientes de ponderação e a escala de pontuação. (...) A aplicação dos critérios de avaliação do fator valia técnica das propostas foi clara e objetiva, resultando da análise de cada proposta, que foi classificada de acordo com o respetivo cumprimento do detalhe exigido na sua elaboração (...)”.

Como se alcança através da Decisão n.º 5/FP/2012, de 8 de março, estes argumentos não mereceram o acolhimento do Tribunal, que, não obstante, optou por recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, de conceder o visto ao contrato, recomendando à CMPM que, em futuros processos de contrastação pública, evite a prática das ilegalidades aí detetadas.

¹⁵ Porquanto, nos termos do disposto no n.º 3 do art.º 93.º da Lei n.º 169/99, de 18 de setembro (alterada pelas Leis n.ºs 5-A/2002, de 11 de janeiro, e 67/2007, de 31 de dezembro, pelo DL n.º 305/2009, de 23 de outubro, e pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro), a abstenção na votação de deliberações camarárias não permite isentar o vereador que se abstém da responsabilidade que eventualmente resulta da deliberação tomada.

3.6. Apreciação das alegações produzidas em sede de contraditório

Tal como foi mencionado no ponto 2.3. *supra*, todos os responsáveis notificados ao abrigo do art.º 13.º da LOPTC para efeitos de exercício do contraditório se pronunciaram acerca do teor do relato da auditoria, importando, por isso, identificar os principais aspetos das diferentes posições externadas nesta sede.

Desde logo, o Presidente da Câmara, Edegar Valter Castro Correia, e os vereadores que votaram favoravelmente a adjudicação da obra, Juan Manuel Pardau de França e Maria Fátima Costa, que apresentaram alegações de conteúdo idêntico, não questionaram a existência das ilegalidades detetadas na Decisão n.º 5/FP/2012, mas afastaram qualquer responsabilidade pela sua prática, assacando-a aos serviços técnicos da Autarquia, tendo defendido ainda que, no âmbito das suas funções, não agiram com culpa, conforme se depreende das passagens a seguir transcritas:

“O procedimento citado não foi” “elaborado” “pelos visados mas “mas pelos serviços técnicos da edilidade”, não possuindo aqueles “formação jurídica nem” “conhecimentos técnicos para” poderem “verificar se o procedimento em causa estava conforme a Legislação aplicável.

(...) Foi, de acordo com um princípio de confiança institucional, decorrente das diversas competências internas, inerente a cada serviço municipal, que” intervieram “aprovando o procedimento”, convictos de que “que o mesmo, ao ser elaborado por um técnico habilitado, estava conforme com todas as disposições legais aplicáveis a este tipo de procedimentos”.

“No caso concreto”, os visados, que se nortearam pelo “princípio da boa fé”, agiram “com a diligência exigível, apropriada à sua função”, apoiados “por uma equipa técnica que elaborou o procedimento e apresentou ao executivo para apreciação a aprovação.

Nesta situação, atenta às circunstâncias concretas, o nível de cuidado tido, deve ser tido em sede de apreciação da sua culpa.

(...) Em relação ao conceito de boa fé, cabe referir que” os visados agiram e orientaram “toda a sua convicção de que o procedimento apresentado estava conforme nas mais elementares regras de confiança institucional, que deve presidir à colaboração entre eleitos e «funcionários» técnicos.

Este conceito de boa fé desculpabiliza a ilegalidade indiciada, face às circunstâncias apuradas”.

“Assim sendo, e face a ausência de dolo manifesto na conduta” dos visados “e porque o próprio agente pautou a sua conduta dentro de regras de boa fé, confiança institucional e que da sua conduta não resultaram quaisquer valores públicos que tenham sido lesados, aliás como reconhece o Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia do contrato de empreitada (...), “ não se pode dar por adquirido a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia...”, nem tão pouco houve verificação de situação de risco” aos visados “não deve ser aplicada quaisquer multa.

(...) Abona, nesta situação concreta, a circunstância desta situação nunca ter sido objecto de reparo anterior (...), solicitando, nestes moldes, “que a conduta do visado seja relevada e em consequência não aplicada qualquer multa”.

Quanto aos vereadores que se abstiveram na reunião em que foi deliberada a adjudicação da empreitada, a saber, Emanuel Silva Câmara e Orlando Gouveia Ferro Fernandes, os quais trouxeram alegações em documento conjunto, vieram invocar, em suma, que “ (...) o trabalho dos vereadores da oposição em qualquer autarquia é normalmente difícil por quanto lhes é, sistematicamente, sonogada informação essencial para tomada de uma posição fundamentada e consciente sendo essa uma realidade (...)”, sublinhando que “[o] sentido de responsabilidade determina que por vezes se aceitem informações avulsas que são dadas pelos responsáveis da Câmara (...) que tem os técnicos que supostamente devem instruir os processos de acordo com os trâmites legalmente fixados e neles de fazer fé, mesmo que mínima”.



Daí que “os vereadores do Partido Socialista” assim tivessem agido “no caso vertente”: “[a]bstiveram-se por estarem de acordo com a realização da obra embora desconhecendo (...) os trâmites dos processos, por não terem sido convidados pela autarquia para o acompanhamento dos mesmos (...), conforme” ficou registado na ata da reunião da Câmara Municipal em que foi decidida a adjudicação da obra, o que concorre “para a percepção de que” agiram “de boa-fé apesar de” lhes ter “sido negado o acesso ao processo”.

Finalmente, a Técnica Superior, Maribel Sousa Caldeira, responsável pela elaboração do programa do concurso, pronunciou-se de forma mais desenvolvida e incisiva sobre as ilegalidades identificadas na Decisão n.º 5/FP/2012 e apontadas nas observações do relato da auditoria, na tentativa de enquadrar as circunstâncias que conduziram à sua prática, nos termos que a seguir se reproduzem:

“Nunca foi minha intenção, nem dos restantes visados, violar qualquer preceito legal, muito menos com a intenção de cometer qualquer ilícito financeiro (...)”

“No que concerne aos requisitos mínimos de capacidade técnica exigidos no artigo 9.º do Programa de Procedimento (...) foram tidos como termos e condições, isto é, como elementos relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência e, portanto não integraram os elementos de avaliação das propostas, nem se reflectiram no relatório preliminar ou no relatório final.

A exigência dos requisitos mínimos de capacidade técnica constante do programa de concurso teve como único objetivo garantir uma boa execução da obra e atendendo à sua especificidade, no sentido de trazer o menor incómodo possível à população residente (...).

Nenhum potencial concorrente teve a sua admissão ao concurso condicionada por este facto, pois as empresas só poderiam ter conhecimento da exigência dos requisitos mínimos após adquirirem o processo de concurso. Acresce que nenhuma empresa pediu esclarecimentos relativamente às peças concursais; todas as empresas que compraram as peças do procedimento apresentaram propostas, com a excepção de uma empresa, que, preenchendo os requisitos exigidos, só não apresentou proposta, porque na altura encontrava-se a concorrer a vários procedimentos ao mesmo tempo e, não foi possível apresentar proposta em tempo útil (...).

O nosso objectivo era garantir uma boa execução da empreitada, sem queixas e transtornos de maior para a população e não a exclusão de propostas (e/ou a restrição de acesso de interessados), pois nunca foi nossa intenção impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Face ao exposto, fica comprovado (...) que a exigência dos requisitos mínimos de capacidade técnica não deram origem a qualquer alteração do resultado financeiro, pois não foi elemento determinante para a apresentação ou não de mais propostas.

(...) Sem prejuízo do exposto, reconhecemos a grande influência do Decreto-Lei n.º 59/99, que embora revogado, contaminou a elaboração das peças do procedimento, devido à falta de experiência no lançamento de concursos no âmbito do Código dos Contratos Públicos (...).

No que concerne ao modelo de avaliação das propostas, tentou-se aplicar o disposto no artigo 139.º do CCP (...).

(...) Desta forma, houve a preocupação de não utilizar um modelo que fizesse a comparação entre as propostas, situação que o CCP não permite, tentando definir-se o que seria um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse fator ou subfator.

Contudo, e mais uma vez, a falta de experiência no âmbito do CCP, levou-nos a utilizar um modelo similar ao do regime anterior, sem qualquer intenção de violar as normas legais, dado que, à data, estávamos absolutamente convictos de que o modelo de avaliação se ajustava perfeitamente às novas exigências do CCP, tanto mais que modelos iguais ou muito semelhantes eram correntemente utilizados pelas mais variadas entidades públicas contratantes. Por outro lado, não tínhamos conhe-

cimento de outros modelos de avaliação de propostas, que pudessem ser aplicados em concursos públicos de empreitadas de obras públicas.

A estrutura muito reduzida da Câmara Municipal condiciona e muito a nossa ação e, apesar de toda a dedicação, respeito e empenho no nosso trabalho, temos sempre muita dificuldade em esclarecermos as nossas dúvidas, acrescido do fato de ter sido o primeiro procedimento lançado através de Concurso Público de Empreitadas de Obras Públicas no âmbito do Código dos Contratos Públicos.

Mais uma vez, a nossa ação nunca teve como objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência ou violar os princípios da igualdade, da concorrência, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa-fé, pois a escolha do concurso público visava garantir a maior concorrência, transparência e o melhor resultado financeiro possível.

As ilegalidades evidenciadas pelo Tribunal de Contas, com a fixação de habilitações técnicas para além das legalmente exigidas e a escolha do modelo de avaliação das propostas não afastaram do procedimento outros potenciais interessados nem impediram a Câmara Municipal de receber outras propostas, nem alteraram o resultado financeiro do contrato.

(...) Agimos de boa fé e as recomendações efectuadas foram de pronto acolhidas para que fossem de imediato postas em prática em futuros processos, de forma a não voltarmos a cometer os mesmos erros no futuro”, sendo que “a Câmara Municipal de Porto Moniz nunca foi objeto de qualquer recomendação relativamente às ilegalidades agora detetadas, nem os intervenientes no processo foram anteriormente censurados pela prática destas infrações”.

Destas alegações extrai-se, em síntese, que a fixação, no programa do procedimento, de requisitos mínimos de capacidade técnica que garantissem a boa execução da obra ficou a dever-se à influência à data ainda visível do quadro normativo fornecido pelo Decreto-Lei n.º 59/99 e à inexperiência na promoção de concursos públicos ao abrigo do CCP, o que se perfilou como igualmente determinante para a deficiente aplicação das normas específicas que definem o regime de elaboração do modelo de avaliação das propostas.

Esta justificação não, permite, no entanto, afastar o entendimento já sustentado de que, na situação vertente, não foi dada plena observância ao regime jurídico do concurso público, nos termos em que este procedimento adjudicatório surge definido no CCP, bem como aos princípios que presidem à contratação pública, ilegalidades essas que, de acordo com a al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, substanciam infrações financeiras suscetíveis de eventual imputação de responsabilidade sancionatória.

Por outro lado, o desrespeito pelo acervo de normas que regulam o procedimento adjudicatório adotado, mormente dos art.ºs 130.º a 148.º do CCP, evidencia que não foram oportunamente implementados, pelo executivo camarário, mecanismos de controlo interno capazes de evitar o incumprimento daquele quadro legal, o que denota que o processo de adjudicação da empreitada de que aqui se trata não foi elaborado, seguido e decidido com os cuidados e a diligência exigíveis a estes últimos responsáveis.

Neste âmbito, fica também pressuposta a existência de falhas ao nível da divulgação da informação relativa aos procedimentos pré-contratuais junto de alguns dos intervenientes no processo deliberativo, criando com isso possíveis condicionamentos a uma tomada de decisão devidamente suportada e esclarecida. Porém, sempre se dirá, conforme foi anteriormente salientado, que, por força do consignado no n.º 3 do art.º 93.º da Lei n.º 169/99, a abstenção na votação de deliberações camarárias não permite isentar os vereadores que se abstenham da responsabilidade que eventualmente resulta das deliberações tomadas.

Sem embargo, e tendo por base a factualidade apurada, no contexto traçado fica evidenciado que as ilegalidades detetadas apenas podem ser imputadas aos responsáveis acima identificados a título de mera negligência, já que os mesmos terão agido motivados pela preocupação do cumprimento da lei e



da garantia da sua observância por parte dos concorrentes, tendo resultado dum aligeiramento dos especiais deveres de cuidado a que estavam obrigados neste domínio.

Esta circunstância, conjugada quer com a ausência de anteriores recomendações do TC dirigidas ao Município de Porto Moniz para a correção das referidas ilegalidades, quer com o facto de ser a primeira vez que este Tribunal censura os autores pela sua prática, 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 são conhecidas anteriores censuras e/ou recomendações dirigidas à Autarquia do Porto Moniz no domínio das questões legais suscitadas e que são suscetíveis de configurar infrações financeiras.



4. DETERMINAÇÕES FINAIS

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

1. Aprovar o presente relatório de auditoria e as recomendações nele formuladas.
2. Relevar 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 aos 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 Autarquia do Porto Moniz 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 Contas¹⁶, 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.
7. Determinar que o Município do Porto Moniz, no prazo de doze meses, informe o Tribunal de Contas sobre as diligências por si efetuadas para dar acolhimento às recomendações constantes do relatório agora aprovado.

Aprovado em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, aos 17 de janeiro de 2013.

O Juiz Conselheiro,

(João Francisco Azeiro Pereira)

A Assessora,

Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O Assessor,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,

(José Alberto Varela Martins)

¹⁶ 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 €.