

Relatório n.º 14/2015-FP/SRMTC

**Auditoria de fiscalização prévia ao contrato da
empreitada da obra de execução do edifício para
instalação de sistema de tratamento por micro-ondas
de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça**

Processo n.º 04/14 – Aud/FP

Funchal, 2015



PROCESSO N.º 04/14-AUD/FP

Auditoria para apuramento de responsabilidades detetadas no exercício da fiscalização prévia, no âmbito do contrato da empreitada da "obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça", celebrado em 24 de abril de 2014, entre o SESARAM, E.P.E., e a firma *Tecnovia, S.A.*

RELATÓRIO N.º 14/2015-FP/SRMTC
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Setembro/2015



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>Exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira aos candidatos desconformes com os n.ºs 1 e 2 do art.º 165.º do CCP</i>	7
3.1.2. <i>Modificação de aspetos fundamentais do procedimento sem a devida prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas, em violação do disposto nos n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP</i>	10
3.1.3. <i>A Decisão n.º 4/FP/2014, de 18 de junho</i>	12
3.2. NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS.....	22
3.3. CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES E RESPECTIVO ENQUADRAMENTO LEGAL.....	23
3.4. IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS	23
3.5. JUSTIFICAÇÕES OU ALEGAÇÕES APRESENTADAS.....	23
3.6 IDENTIFICAÇÃO DE ANTERIORES CENSURAS/RECOMENDAÇÕES FORMULADAS.....	25
3.7 APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO	25
4. DETERMINAÇÕES FINAIS	33

RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS

SIGLA / ABREVIATURA	DENOMINAÇÃO
Al(s).	Alínea(s)
Art. ^{o(s)}	Artigo(s)
Aud	Auditoria
CA	Conselho de Administração
CCP	Código dos Contratos Públicos
CI	Comunicação Interna
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto(s)-Lei
DL	Decreto Legislativo Regional
DR	Diário da República
Eng. ^o	Engenheiro
FP	Fiscalização Prévia
IAS	Indexante dos Apoios Sociais
JC	Juiz Conselheiro
Lda.	Limitada
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
OE	Orçamento de Estado
PL	Plenário
PP	Programa do Procedimento
RAM	Região Autónoma da Madeira
S	Secção
S.A.	Sociedade Anónima
SESARAM, E.P.E.	Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E.
SOCICORREIA, LDA.	SOCICORREIA – Engenharia Limitada
SRES	Secretaria Regional do Equipamento Social
SRMTC	Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
RIM, LDA.	RIM – Construções Madeirenses, Limitada
TC	Tribunal de Contas
TECNOVIA, S.A.	Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A.
UAT	Unidade de Apoio Técnico
UC	Unidade(s) de Conta

FICHA TÉCNICA

SUPERVISÃO	
Miguel Pestana	Auditor-Coordenador
EQUIPA DE AUDITORIA	
Alexandra Moura	Auditora-Chefe
Maria João Carreira	Técnica Verificadora Superior de 2.ª Classe



1. SUMÁRIO

1.1. Considerações prévias

O presente documento integra os resultados da auditoria para apuramento de responsabilidades detetadas no exercício da fiscalização prévia, incidente sobre o processo de visto n.º 35/2014, respeitante ao contrato da empreitada da “obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça”, celebrado, em 24 de abril de 2014, entre o Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E. (de ora em diante denominada de SESARAM, E.P.E.), e a firma *Tecnovia Madeira - Sociedade de Empreitadas, S.A.* (doravante designada por *Tecnovia S.A.*), pelo preço de 1 385 000,00€ (s/IVA).

1.2. Observações

Com base na análise efetuada, apresentam-se as seguintes observações, que sintetizam os principais aspetos da matéria exposta no presente documento:

1. A legalidade da deliberação de adjudicação da obra pública que constitui o objeto do contrato em apreciação e, bem assim, a conformidade legal deste título contratual, foi colocada em causa:
 - a) Pelos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos pela entidade adjudicante aos candidatos nas cláusulas 6.^a, n.º 1, als. a) a h), e 7.^a, do programa do procedimento concursal, que eram excessivamente exigentes face aos trabalhos da obra pública em apreço, contrariando os n.ºs 1 e 2 do art.º 165.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹.
 - b) Pela falta de prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas na decorrência da supressão da al. h)² do n.º 1 da cláusula 6.^a e da al. d)³ do n.º 1 da cláusula 8.^a do programa do concurso⁴, conforme exigem os n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP.
2. As ilegalidades enunciadas, por serem suscetíveis de ter afastado do procedimento outros eventuais interessados em contratar, e impedido o SESARAM, E.P.E., de receber propostas porventura mais vantajosas do que a escolhida, representaram uma potencial ofensa dos princípios da concorrência, da proporcionalidade, da igualdade, da transparência e da publicidade, os quais são reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais e transparecem quer do art.º 1.º, n.º 4.º, do CCP, quer do art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (cfr. o ponto 3.1.).
3. Na perspetiva da fiscalização prévia, as situações controvertidas identificadas anteriormente eram passíveis de integrar o motivo de recusa de visto traçado no quadro da previsão normativa da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁵, na medida em que poderiam ter conduzido à alteração do resultado financeiro do contrato.

¹ Aprovado pelo 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.

² Os candidatos serem detentores de certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão de Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008.

³ Documento comprovativo de que o candidato possui certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão da Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008.

⁴ Que se traduziu na modificação de aspetos fundamentais do procedimento que remetem para a demonstração da posse de requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos.

⁵ Alterada e republicada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, objeto da Declaração de Retificação n.º 72/2006, de 6 de outubro, e posteriormente alterada pelas Leis n.ºs 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro, e 2/2012, de 6 de janeiro, que a voltou a republicar.

Não obstante, porquanto não se deu por adquirida a aludida alteração do resultado financeiro, o Tribunal de Contas (TC) fez uso da faculdade que lhe é conferida no n.º 4 do citado art.º 44.º da mesma Lei, tendo visado o processo de visto *sub judicio* com recomendação ao SESARAM, S.A., no sentido de suprir ou evitar no futuro as ilegalidades apuradas (cfr. o ponto 3.1.2).

1.3. Responsabilidade financeira

Embora os factos descritos e compendiados no antecedente ponto 1.2. sejam passíveis de configurar ilícitos geradores de responsabilidade financeira sancionatória, enquadráveis na previsão normativa do art.º 65.º, n.º 1, als. b) e l, da LOPTC, na redação introduzida pela Lei n.º 61/2011, a matéria de facto apurada faculta um quadro apropriado à sua relevação por se encontrarem preenchidos os requisitos estabelecidos no n.º 8 do art.º 65.º da mencionada Lei.

1.4. Recomendações

No contexto da factualidade ilustrada no relatório e sintetizada nas observações da auditoria, o TC reitera e aclara as recomendações formuladas no âmbito da Decisão n.º 4/FP/2014, de 18 de junho, que, de futuro:

1. Nos programas dos procedimentos que lance com vista a adjudicação de empreitadas de obras públicas respeite escrupulosamente o disposto no n.º 1 e no n.º 2 do art.º 165.º do CCP:
 - a) Evitando, em concreto, a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira desproporcionais e desajustados e que, por consequência, reduza o universo concorrencial;
 - b) Sendo mais preciso nessa fixação quando, nomeadamente, pretenda assegurar a exata e pontual concretização de aspetos particularmente complexos dessas obras, ou optando pela definição, no caderno de encargos, de aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência a que os candidatos se têm de vincular na sua proposta.
2. Quando introduzir alterações a aspetos fundamentais das peças dos procedimentos – , tidas como aquelas que não só acarretam aos interessados maiores encargos, dificuldades ou constrangimentos na elaboração da respetiva proposta e ou candidatura, mas também as que permitem alargar o leque de potenciais candidatos e ou concorrentes – , prorrogue o prazo concedido para a apresentação de propostas e ou de candidaturas, e proceda à devida divulgação, em observância dos n.ºs 2 e 4 do art.º 4.º do CCP.



2. CARATERIZAÇÃO 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 2014, aprovado pelo Plenário Geral do TC, através da Resolução n.º 33/2013 - PG⁶, de 11 de dezembro, foi inscrita uma ação designada por *auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia*.

Caracterizando-se pelo seu âmbito genérico, a mesma insere-se no Objetivo Estratégico 2 (OE01), que consiste em “[c]ontribuir para a boa governação, a prestação de contas e a responsabilidade nas finanças públicas”, e na Linha de Ação Estratégica 1.2 (LAE 1.2), que se traduz em “[a]preciar a sustentabilidade das finanças públicas e controlar o endividamento das administrações públicas (Central, Regional e Local) e dos setores empresariais públicos (Estadual, Regional e Local)”, conforme definido no Plano de Ação do TC para o triénio 2014-2016⁷.

Dando concretização àquela auditoria, foi ordenada, por despacho da Juíza Conselheira da SRMTC, de 9 de julho de 2014, exarado na Informação n.º 72/2014/UAT I, de 4 de julho, a execução da presente auditoria, que se direciona especificamente para o apuramento de responsabilidades financeiras detetadas no âmbito do processo de visto n.º 35/2014, respeitante ao contrato da empreitada da “obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça”, outorgado, em 24 de abril de 2014, entre o SESARAM, E.P.E., e a firma Tecnovia, S.A.

2.2. Metodologia

No desenrolar dos trabalhos da auditoria, que se consubstanciaram essencialmente na análise e consolidação dos dados compendiados na *supra* mencionada Informação n.º 72/2014/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

Em cumprimento do princípio do contraditório consagrado no art.º 13.º da LOPTC, procedeu-se à audição do anterior Secretário Regional dos Assuntos Sociais, Francisco Jardim Ramos, na qualidade de titular do departamento governamental que detinha, à data da prática dos factos analisados, a tutela do SESARAM, E.P.E., do Secretário Regional da Saúde demissionário, Manuel Veloso de Brito, que o sucedeu nesse cargo, aos anteriores Presidentes do CA do SESARAM, E.P.E., Mário Filipe Soares Rodrigues e Maria Sidónia Rodrigues Nunes, e aos restantes membros daquele órgão, Ricardo

⁶ Publicada no Diário da República (DR), II série, n.º 244, de 17 de dezembro de 2013.

⁷ Aprovado em reunião do Plenário Geral de 14 de outubro de 2013.

⁸ A qual continha, em anexo, cópias da Decisão n.º 4/FP/2014, de 18 de junho, que recaiu sobre o processo de visto n.º 35/2014, das comunicações internas CI_O3_14, e CI_O3a_14, de 21 de janeiro de 2014, subscritas pelo Eng.º Agostinho Franco, dos extratos das atas do CA n.ºs 14/2014, de 21 de janeiro (abertura do procedimento com vista a adjudicação da empreitada), 17/2014, de 24 do mesmo mês (aprovação das peças do procedimento e designação do júri), e 7/2014, de 9 de abril (adjudicação da empreitada), do excerto do programa do procedimento na parte respeitante aos requisitos mínimos e obrigatórios das capacidades técnica e financeira dos candidatos (Cláusulas 6.ª e 7.ª), da ata do júri de 3 de fevereiro de 2014 (prestação dos esclarecimentos solicitados pelos interessados *Socicorreia, Lda.*, e *RIM, Lda.*), e do relatório preliminar de qualificação dos candidatos de 21 de fevereiro de 2014.

⁹ Aprovado por deliberação do Plenário da 2.ª Secção do TC, 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 TC.

Nuno Rodrigues Fernandes Manica e Hugo Calaboiça Amaro, ao técnico José Agostinho Mendonça Franco, também na qualidade de presidente do júri do procedimento, e aos respetivos vogais, Maria Seifert Miranda, Maria Rosário Freitas Bárbara, Luís Filipe Santos Rodrigues e Faustino Gilberto Rodrigues Freitas¹¹.

Dentro do prazo concedido para o efeito Maria Sidónia Rodrigues Nunes, Ricardo Nuno Rodrigues Fernandes Manica, José Agostinho Mendonça Franco, Maria Seifert Miranda, Maria Rosário Freitas Bárbara, Luís Filipe Santos Rodrigues e Faustino Gilberto Rodrigues Freitas, apresentaram as suas alegações num único documento¹², Hugo Calaboiça Amaro fê-lo individualmente¹³, na sequência de um pedido de prorrogação de prazo¹⁴, enquanto os restantes responsáveis nada arguíram.

As alegações apresentadas foram tidas em consideração na elaboração deste relatório, onde se encontram sintetizadas e/ou transcritas na exata medida da sua pertinência, acompanhadas dos comentários tidos por convenientes.

¹¹ Mediante os ofícios n.ºs 788 a 795, de 5 de maio de 2015, do Serviço de Apoio da SRMTC (cfr. a Pasta do Processo, págs. 69 a 97).

¹² Vide o ofício com o registo de entrada n.º 1231, de 19 de maio de 2015 (cfr. a Pasta do Processo, págs. 101 a 127).

¹³ Vide o ofício com o registo de entrada n.º 1356, de 3 de junho de 2015 (cfr. a Pasta do Processo, págs. 131 a 161).

¹⁴ Vide o ofício com o registo de entrada n.º 1155, de 11 de maio de 2015 (cfr. a Pasta do Processo, pág. 98), a Informação n.º 32/2015-UAT I, de 18 de maio, onde foi exarado pela Juíza Conselheira, na mesma data, o deferimento do pedido de prorrogação do prazo e o corresponde ofício (cfr. a Pasta do Processo, págs. 99 100-B).



3. RESULTADOS DA ANÁLISE

Apresentam-se, de seguida, os resultados do levantamento efetuado, 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 24 de abril de 2014, sob o n.º 35/2014, o processo respeitante ao contrato da empreitada da “obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça”, outorgado, na mesma data, entre o SESARAM, E.P.E., e a firma Tecnovia, S.A., pelo preço de 1 385 000,00€ (s/IVA).

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

3.1.1. Exigência de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira aos candidatos desconformes com os n.ºs 1 e 2 do art.º 165.º do CCP

O procedimento adotado para a formação do contrato da empreitada da “obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça”, foi o concurso limitado por prévia qualificação, autorizado, por unanimidade, a 21 de janeiro de 2014, pelo CA do SESARAM, E.P.E., composto, à data, pelo Presidente António Miguel Freitas Ferreira, e pelos vogais Ricardo Nuno Rodrigues Fernandes Manica e Hugo Calaboiça Amaro, tendo por base o proposto nas Comunicações Internas com as ref.^{as} CI_O_03_14 e CI_O_03a_14, da mesma data, subscritas por José Agostinho Mendonça Franco, e que compreendiam ainda o “Projeto de Execução, a proposta de preço base, requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica e de capacidade financeira, critérios de adjudicação, alvará ou título de registo e comissão de análise”.

Essa obra, nos termos da aludida CI_O_03a_14, visava “(...) resolver o problema dos resíduos hospitalares” através da “execução de um edifício para instalação de um método de tratamento químico designado por micro-ondas, que através de ondas electromagnéticas com frequências entre as ondas de rádio e as ondas infravermelhas aquece os resíduos a uma temperatura na ordem dos 100.ºC, durante um período determinado, resultando na descontaminação dos resíduos, através da destruição dos microrganismos. Esta tecnologia de tratamento é alternativa e das mais recentes no tratamento de resíduos hospitalares, que após tratar os resíduos, os mesmos são equiparados a resíduos sólidos urbanos. A proposta de instalar a central de tratamento de resíduos hospitalares no Hospital Dr. Nélio Mendonça, tem por objetivo reduzir os custos financeiros com a gestão de resíduos hospitalares e facilitar a logística inerente ao acondicionamento e transporte dos mesmos”.

Da mesma CI ressaltava ainda que o tipo de procedimento apresentado era uma mera proposta e que teve por base “a complexidade das obras de natureza hospitalar” e “a necessidade da existência de procedimentos quer ao nível de segurança quer ao nível de higiene em meio laboral em obras hospitalares, que só se adquire com experiência anterior em obras já realizadas da mesma natureza”.

O preço base do concurso limitado por prévia qualificação assim autorizado foi fixado em 1 450 000,00€, com exclusão do IVA, e o prazo de execução da obra em 540 dias, tendo o respetivo aviso de abertura sido publicado no DR, II Série, Parte L, n.º 17, de 24 de janeiro de 2014.

De acordo com a cláusula 6.ª, n.º 1, do Programa do Procedimento (PP), que replica, para o que agora releva, o proposto na retro identificada CI_O_03a_14, os candidatos deviam possuir os seguintes requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica para poderem ser qualificados:

“a) Ter iniciado, concluído ou em execução empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, cujo somatório seja de montante igual ou superior a € 20.000.000 (vinte milhões de euros) ou, em alternativa, 2

(duas) empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, em que pelo menos 1 (uma) seja de valor superior a € 6.000.000,00 (seis milhões de euros) e, no seu conjunto, tenham um valor somado superior a € 9.000.000 euros, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;

- b) Afetar à obra objeto do presente procedimento um diretor da obra que seja Engenheiro Civil ou Engenheiro Técnico Civil, residente na Região Autónoma de Madeira, com experiência mínima cumulativa de 10 (dez) anos em direção de obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 5 (cinco) anos, em empreitadas cujo montante somado seja igual ou superior a € 20.000.000 (vinte milhões de euros) ou, em alternativa, 2 (duas) empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, em que pelo menos 1 (uma) seja de valor superior a € 6.000.000,00 (seis milhões de euros) e, no seu conjunto, tenham um valor somado superior a € 9.000.000 euros, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;*
- c) Afetar à obra objeto do presente procedimento um Técnico Superior de Segurança e Saúde no Trabalho, residente na Região Autónoma de Madeira, que possua o grau de licenciado em Saúde Ambiental, com a experiência mínima cumulativa de 5 (cinco) anos em obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto gestor de segurança, nos últimos 5 (cinco) anos, em empreitadas cujo montante somado seja igual ou superior a € 20.000.000 (vinte milhões de euros) ou, em alternativa, 2 (duas) empreitadas, nos últimos 5 (cinco) anos, em que, pelo menos uma, seja de valor superior a € 6.000.000,00 (seis milhões de euros) e, no seu conjunto, tenham um valor somado superior a € 9.000.000 euros, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;*
- d) Afetar à obra objeto do presente procedimento um Engenheiro Eletromecânico, que possua a experiência mínima cumulativa de (10) dez anos em obra, tendo participado ou esteja a participar como Engenheiro Eletromecânico, nos últimos 3 (três) anos, em pelo menos 1 (uma) empreitada de montante igual ou superior a € 6.000.000 (seis milhões de euros), referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;*
- e) Afetar à obra objeto do presente procedimento um encarregado geral, residente na Região Autónoma de Madeira, que possua a experiência mínima cumulativa de 10 (dez) anos, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 3 (três) anos, em pelo menos uma empreitada de montante igual ou superior a € 6.000.000 (seis milhões de euros), referentes a obras de construção civil em centros hospitalares;*
- f) Afetar à obra objeto do presente procedimento um Engenheiro Mecânico, que possua o grau de licenciado, com a experiência profissional mínima de 10 (dez) anos em atividade ligada às Obras Públicas e inscrito na Ordem dos Engenheiros com o Grau de Membro Sénior;*
- g) O diretor de obra e o encarregado geral deverão ser membros dos quadros da empresa candidata;*
- h) Possuir certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão de Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008;*

(...)”

Por sua vez, a cláusula 7.º do PP definia que o requisito mínimo e obrigatório para aferição da capacidade financeira dos candidatos traduzia-se na posse de uma média aritmética do volume de negócios dos últimos três exercícios económicos (2010, 2011 e 2012) superior a 20 000 000,00€, sendo que a verificação desse requisito resultaria da expressão matemática constante no Anexo IV do CCP, nos seguintes moldes:



Tribunal de Contas
Secção Regional da Madeira

$$"V \times t \leq R \times f$$

Em que:

V – O valor económico estimado do contrato (EUR 1.450.000,00), definido na cláusula 20.ª do presente Programa do Procedimento;

t – A taxa de juro Euribor, a seis meses, acrescida de duzentos pontos base, divulgada no sítio do Banco de Portugal, à data da publicação do anúncio do presente concurso no Diário da República;

R – O valor médio dos resultados operacionais do candidato nos últimos três exercícios, 2010, 2011 e 2012, calculado com recurso à seguinte função:

$$R = \frac{\sum_{i=1}^{i=3} EBITDA (i)}{3}$$

Sendo:

EBITDA (i) – os proveitos operacionais deduzidos das reversões de amortizações e ajustamentos e dos custos operacionais, mas sem inclusão das amortizações, dos ajustamentos e das provisões, apresentados pelo candidato no exercício *i*:

- Sendo *i1*= 2010; *i2*= 2011 e *i3*= 2012.
- Para o cálculo do EBITDA dos exercícios até 2010 inclusive, será tido em conta os Proveitos e Ganhos Operacionais (campo A0133 da Declaração Anual IES) subtraídos dos Custos e Perdas Operacionais (campo A0112 do Anexo A da Declaração Anual IES), mas sem inclusão das amortizações, dos ajustamentos e das provisões (campos A0107, A0108, A0109 e A0132, também do Anexo A da Declaração Anual IES).
- Para o cálculo do EBITDA dos exercícios a partir de 2011 inclusive, será tido em conta o «Resultado antes de depreciações, gastos de financiamento e impostos», (campo A5017 do Anexo A da Declaração Anual IES), mas sem inclusão dos aumentos/reduções de justo valor e de provisões, e das perdas/reversões de imparidades (respetivamente os campos A5014, A5011, A5009, A5010; A5012 e A5013, também do Anexo A da Declaração Anual IES).

f = Factor estipulado para o presente procedimento, definido com o valor 1 (um).

Para efeitos do presente procedimento, considera-se preenchido o requisito mínimo de capacidade financeira pela apresentação de declaração bancária conforme o modelo constante do Anexo VI do Código dos Contratos Públicos ou, no caso de o candidato ser um agrupamento, um dos membros que o integram ser uma instituição de crédito que apresente documento comprovativo de que possui sede ou sucursal em Estado membro da União Europeia, emitido pela entidade que exerça a supervisão bancária nesse Estado (...).”

Por força da cláusula 21.ª do PP, que acolheu, quase na íntegra, o aventado na mesma CI_O_03a_14, o critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, “sendo a pontuação global de cada proposta obtida pelo resultado da soma das pontuações parciais obtidas nos seguintes fatores elementares, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação, conforme a fórmula seguinte:

$$PG = (0.7 \times Po) + (0.3 \times Pe)$$

PG – Pontuação Global de cada proposta

Po – Preço da obra

Pe – Prazo de execução.

FATOR		COEFICIENTE DE PONDERAÇÃO
A)	PRAZO DA OBRA (PO)	0,70
B)	PRAZO DE EXECUÇÃO (PE)	0,30

Fator preço da obra:

Serão atribuídas as pontuações entre os limites 0 (zero) e 10 (dez), de acordo com a fórmula seguinte:

$$\text{Pontuação}_i = \frac{(1.450.000,00\text{€} - P_i) \times 10}{1.450.000,00\text{€}}$$

Onde

Pontuação_i – é a pontuação do fator preço do concorrente i ;

P_i – é o preço contratual da proposta do concorrente i ;

a) Fator Prazo de Execução:

Este fator será avaliado através de uma grelha que permite atribuir uma pontuação, de 0 (zero) a 10 (dez) valores, a cada concorrente, conforme a escala de pontuação que se segue, onde P_e refere-se ao Prazo de execução:

- P_e menor ou igual a 440 (quatrocentos e quarenta) dias: 10 (dez) pontos;
- P_e entre 441 (quatrocentos e quarenta e um) e 470 (quatrocentos e setenta) dias, inclusive: 9 (nove) pontos;
- P_e entre 471 (quatrocentos e setenta e um) e 500 (quinhentos) dias, inclusive: 8 (oito) pontos;
- P_e entre 501 (quinhentos e um) e 540 (quinhentos e quarenta) dias, inclusive: 5 (cinco) pontos.

Em todos os cálculos a efetuar será utilizada uma aproximação de duas casas decimais.

Em caso de igualdade de pontuação global final e, após a aplicação do critério de adjudicação fixado, será dada preferência à proposta do concorrente que apresente o menor preço. Em caso de subsistência da igualdade será, então, seleccionada a proposta com o menor prazo de execução. Mantendo-se a igualdade, será seleccionada a proposta entregue em primeiro lugar”.

3.1.2. Modificação de aspetos fundamentais do procedimento sem a devida prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas, em violação do disposto nos n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP

No prazo legal conferido para a solicitação de esclarecimentos necessários à boa compreensão das peças do procedimento, a firma *Socicorreia, Engenharia Limitada (Sococorreia, Lda.)*, solicitou ao júri que conduziu o presente concurso limitado por prévia qualificação, integrado pelo Presidente José Agostinho Mendonça Franco, e pelas vogais Maria Seifert Miranda, Maria Rosário Freitas Bárbara, Luís Filipe Santos Rodrigues e Faustino Gilberto Rodrigues Freitas, enquanto entidade com competência para tal¹⁵, a clarificação do teor de diversas alíneas da acima transcrita cláusula 6.ª, a que aquele

¹⁵ Vide a cláusula 12.ª, n.º 1, do PP.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

órgão *ad hoc* deu resposta na reunião acontecida a 3 de fevereiro de 2014, exceto quanto à observação que questionava o motivo, “[u]ma vez que o valor base da obra é € 1.450.000,00 (...) e de dificuldade técnica não muito acentuada”, “para exigir requisitos de valores muito superiores (ex.: € 20.000.000,00 – alínea a), Cl. 6.ª)”, pois contrapôs que esta “(...) não corresponde a um esclarecimento para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 50.º do CCP, atendendo a que não versa sobre esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento, pelo que não será considerada”.

No mesmo domínio, a RIM – Construções Madeirenses Limitada (RIM, Lda.), apresentou uma exposição onde, em suma, deixou sublinhado que, em seu entender, salvo a al. g) do n.º 1 da cláusula 6.ª, todas as restantes exigências formuladas no PP que respeitam aos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, “são flagrantemente ilegais e violam os mais elementares princípios de direito administrativo, impondo-se a sua eliminação”. “Por outro lado e quanto às exigências relativas à capacidade económico financeiras, constantes da Cláusula 7.ª, também aqui se entende que, face ao concreto objecto do concurso em apreço, aparecem desproporcionadas as exigências efectuadas”. Concluía requerendo que fosse anulado “o presente procedimento ou, no mínimo” ordenada “a retirada das exigências legais contidas no n.º 1 das Cláusulas 6.ª e 7.ª, assim repondo a legalidade do” mesmo.

O júri, todavia, também aqui optou por não se pronunciar sobre estas críticas por considerar que não foi colocada uma única questão com vista a obter uma melhor compreensão e interpretação das peças, e “(...) não tendo sido pedidos esclarecimentos, não poderá (...) elaborar quaisquer respostas”¹⁶.

Por outro lado, deliberou eliminar a exigência plasmada na al. h) do n.º 1 da referenciada cláusula 6.ª (posse de certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão de Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008) e, por consequência, o documento requerido na al. d) do n.º 2 da cláusula 8.ª (comprovativo de que o candidato possui certificação por entidade acreditada no âmbito do Sistema de Gestão de Qualidade segundo a norma ISO 9001:2008), alterações que não deram origem a qualquer prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas.

O relatório preliminar da fase de qualificação elaborado pelo júri em 21 de fevereiro de 2014 revela que, no âmbito do procedimento em apreço, foram apresentadas candidaturas pelas seguintes empresas:

CANDIDATOS	
1	SOCICORREIA – ENGENHARIA LIMITADA
2	AFAVIAS – ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, S.A.
	TECNOVIA MADEIRA – SOCIEDADE DE EMPREITADAS, S.A.

Dessas candidaturas o júri propôs a exclusão das apresentadas pela *Socicorreia, Lda.*, e pela *AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.*, e a qualificação da *Tecnovia, S.A.*, empresas que foram notificadas dessa deliberação no dia 24 de fevereiro seguinte, tendo-lhes sido indicado o dia 3 de março como data limite para que estas se pronunciassem em sede de audiência prévia.

¹⁶ Não satisfeita, a RIM, Lda., intentou, em 4 de março de 2014, uma ação contenciosa pré-contratual, no âmbito do procedimento de formação de contratos, contra o SESARAM, E.P.E, com o objetivo de o Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal proceder à declaração da ilegalidade das normas constantes das als. a) a f), j), k), l) do n.º 1 da cláusula 6.ª e n.º 1 da cláusula 7.ª do PP, à anulação de todos os atos posteriores à publicação do concurso no DR, bem como a sua correta republicação, e à suspensão do procedimento até decisão da legalidade das referenciadas normas. Todavia, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, em 28 de abril de 2014, decidiu absolver da instância o SESARAM, E.P.E., com base na exceção dilatória consubstanciada na falta de legitimidade passiva por preterição de litisconsórcio necessário, em virtude de a ação não englobar a totalidade dos contrainteressados, impedindo que o Tribunal conhecesse do mérito da causa.

As aludidas exclusões efetuaram-se ao abrigo do disposto no art.º 184.º, n.º 1, al. 1), do CCP, porquanto o júri entendeu que os candidatos não preenchiam os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, tal como resulta dos fundamentos de seguida transcritos:

CANDIDATOS		FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO DA PROPOSTA
1	SOCICORREIA – Engenharia Limitada	Não cumpre com os requisitos exigidos nas als. a), b), c), d), e) e f) do n.º 1 da cláusula 6.ª, e no n.º 1 da cláusula 7.ª, ambas do PP
2	AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.	Não cumpre com os requisitos impostos pelas als. a), b), c), d), e) e f) do n.º 1 da cláusula 6.ª, nem apresentou, na íntegra ou parcialmente, os documentos exigidos nas als. b) e f) do n.º 2 da cláusula 8.ª, ambas do PP

Não tendo sido apresentadas quaisquer pronúncias até à data limite fixada para o efeito¹⁷, o júri, no relatório final da fase de qualificação de 5 de março de 2014, manteve as deliberações de exclusão e de qualificação vertidas no relatório preliminar.

Nesta sequência, o CA do SESARAM, E.P.E., na mesma data, deliberou aprovar o dito relatório final e convidar a firma *Tecnovia, S.A.*, a apresentar proposta para a execução da obra pública em concurso.

Neste encadeamento, o único candidato qualificado apresentou a sua proposta e, em 9 de abril de 2014, o mesmo CA, desta feita constituído por Maria Sidónia Rodrigues Nunes, enquanto Presidente, e Ricardo Nuno Rodrigues Fernandes Manica e Hugo Calaboíça Amaro como vogais, deliberou adjudicar a empreitada da “obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça” à *Tecnovia, S.A.*, pelo valor de 1 385 000,00€ (s/IVA), e pelo prazo de 499 dias, sendo que o correlativo termo foi outorgado em 24 de abril seguinte, data em que também foi remetido a esta Secção Regional a fim de ser submetido fiscalização prévia.

3.1.3. A Decisão n.º 4/FP/2014, de 18 de junho

O processo em apreço foi apreciado em sessão ordinária deste Tribunal a 18 de junho de 2014, na qual foi concedido o visto ao contrato com recomendações ao SESARAM, E.P.E., mediante a Decisão n.º 4/FP/2014, que se passa a transcrever na parte relativa à apreciação da matéria controvertida:

“As questões suscitadas e que cumpre analisar reconduzem-se, em suma, em determinar:

- *Se os requisitos mínimos e obrigatórios da capacidade técnica e da capacidade financeira dos candidatos, estabelecidos pela entidade adjudicante nas cláusulas 6.ª e 7.ª do programa do procedimento, têm acolhimento no vertido no art.º 165.º, n.ºs 1 e 2, do CCP, nomeadamente no que tange à sua adequabilidade face à natureza dos trabalhos da obra pública em apreço, clarificando-se, para esse efeito, designadamente, se os trabalhos objeto da presente empreitada, subsumíveis, na sua generalidade, na 1.ª Subcategoria da 1.ª Categoria da Classe 7 (edifícios e património construído), são enquadráveis na classificação de obra de categoria III¹⁸, com exigências especiais, de acordo com o previsto no Anexo II, da Portaria n.º 701-H/2008, e*

¹⁷ A *Socicorreia, Lda.*, apresentou uma pronúncia que foi rececionada no dia 6 de março, razão pela qual não foi considerada.

¹⁸ *Obras cuja elaboração do projeto está condicionada relativamente às obras correntes, por alguns dos fatores descritos nas als. a) a f) do n.º 4 do art.º 11.º, a que alude a Portaria n.º 701-H/2008.*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- Se a eliminação, pelo júri do procedimento, das cláusulas 6.^a, n.º 1, al. h), e 8.^a, n.º 1.º, al. d) do programa do procedimento, deliberadas a 3 de fevereiro de 2014, traduzidas na modificação de aspetos fundamentais do procedimento, porquanto tais disposições remetem para a demonstração da posse dos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, não determinariam a prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas, em obediência ao estabelecido no n.º 2 do art.º 64.º do CCP.

A) Dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira dos candidatos

A seleção de uma tipologia procedimental, no caso, o concurso limitado por prévia qualificação, vincula, desde logo, a entidade adjudicante às normas reguladoras desse tipo de procedimento, nomeadamente a obrigatoriedade de estabelecer no programa do concurso requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira para efeitos de qualificação dos candidatos [cfr. os art.ºs 164.º, n.º 1, al. h), e n.º 4, e 165.º, n.ºs 1, 2 e 3, do CCP], a aferir na devida fase, após a qual, no caso de estes preencherem os requisitos pré-definidos, são convidados a apresentar propostas.

Mas para além da vinculação procedimental, com inclusão de regras que impõem condutas obrigatórias, como as fixadas para a capacidade técnica - vd. o art.º 165.º, n.º 1, als. a) a e), do CCP, donde resulta que:

“1. Os requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:

- a) À experiência curricular dos candidatos;
- b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;
- c) Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direcção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade;
- d) À capacidade dos candidatos adoptarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar;
- e) À informação constante da base de dados do Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., relativa a empreiteiros, quando se tratar da formação de um contrato de empreitadas ou de concessão de obras públicas”,

e para a capacidade financeira - vd. o art.º 165.º, n.º 2, do CCP, que ordena que esta se baseie, «pelo menos, no requisito mínimo traduzido pela expressão matemática constante do anexo IV do presente Código e do qual faz parte integrante», estes normativos conferem à entidade adjudicante uma margem de autonomia na determinação daqueles requisitos de qualificação, pois a lei limita-se a exemplificar alguns dos critérios que podem ser considerados como requisitos mínimos da capacidade técnica, enquanto no que tange à capacidade financeira, permite que sejam indicados requisitos mínimos suplementares ao estabelecido no anexo IV do CCP.

Ou seja, dessas normas procedimentais resulta uma certa medida abstrata de discricionariedade na escolha dos critérios a presidir à avaliação da capacidade técnica e financeira dos potenciais candidatos a concurso, podendo ainda a entidade adjudicante dispor da faculdade de escolher que a qualificação se faça apenas em função da capacidade técnica ou da capacidade financeira [vd. o art.º 164.º, n.º 5, do CCP].

AI) Caracterização da empreitada

(...)

A obra pública em apreço caracteriza-se pela construção de um edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça.

Ao candidato selecionado para apresentar convite foi exigida a titularidade de alvará contendo (vd. a cláusula 26.ª do programa do procedimento):

- a) A 1.ª Subcategoria da 1.ª Categoria (património construído), na classe correspondente ao valor da proposta;
- b) 2.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª e 8.ª Subcategoria da 1.ª Categoria (edifícios e património construído), na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem;
- c) 1.ª, 9.ª e 10.ª Subcategoria da 4.ª Categoria (instalações elétricas e mecânicas) na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem;
- d) 2.ª Subcategoria da 5.ª Categoria (outros trabalhos) na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem.

De acordo com a declaração do candidato, que acompanhou a proposta, com respeito pela cláusula 16.ª do programa do procedimento, o valor dos trabalhos a executar em cada uma das subcategorias é o seguinte:

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS	CLASSE	VALOR DOS TRABALHOS
1.ª	1.ª	7	1 385 000,00€
2.ª	1.ª	6	86 143,71€
4.ª	1.ª	7	70 389,21€
5.ª	1.ª	7	169 154,76€
7.ª	1.ª	5	23 560,30€
8.ª	1.ª	4	77 989,76€
	4.ª	4	160 288,39€
9.ª	4.ª	5	67 475,28€
10.ª	4.ª	5	24 369,43€
2.ª	5.ª	9	60 677,82€

O que, em termos percentuais, corresponde aos montantes identificados no quadro infra:

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS	CLASSE	VALOR DOS TRABALHOS	VALOR PERCENTUAL
1.ª	1.ª	7	1 385 000,00€	100%
2.ª	1.ª	6	86 143,71€	6,22%
4.ª	1.ª	7	70 389,21€	5,08%
5.ª	1.ª	7	169 154,76€	12,21%
7.ª	1.ª	5	23 560,30€	1,70%
8.ª	1.ª	4	77 989,76€	5,63%
	4.ª	4	160 288,39€	11,57%
9.ª	4.ª	5	67 475,28€	4,87%
10.ª	4.ª	5	24 369,43€	1,76
2.ª	5.ª	9	60 677,82€	4,38%

Os elementos integrantes do processo permitem, por sua vez, constatar que a empreitada em apreço envolve a execução de trabalhos de estrutura de betão armado, estrutura metálica, alvenarias, revestimentos de pavimentos, rodapés, tetos, paredes, serralharias, vãos, equipamentos sanitários, pinturas, diversos arranjos exteriores, redes de abastecimentos de águas pluviais, abastecimento de rede de esgotos, instalações elétricas e de telecomunicações, ventilação e ar condicionado (AVAC), correspondendo a componente de maior expressão financeira à estrutura de betão armado, no montante de 496 142,86€.



Analisando a factualidade descrita à luz do quadro normativo aplicável, conclui-se que o objeto da presente empreitada consubstancia uma obra de construção, entendida esta como sendo a criação de uma nova edificação [nesse sentido, vd. a al. a) do art.º 2.º do DL n.º 555/99, de 16 de dezembro¹⁹, diploma que estabelece o regime jurídico da urbanização e edificação], a qual consubstancia «a atividade ou o resultado da construção, reconstrução, ampliação, alteração ou conservação de um imóvel destinado a utilização humana, bem como de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência» [vd. a al. b) do mesmo art.º 2.º].

É daí também possível apurar que os trabalhos enunciados reportam-se a processos construtivos em tudo semelhantes aos utilizados na construção de edifícios, o que explica que a 1.ª subcategoria da 1.ª categoria exigida (edifícios e património construído) permita abarcar a totalidade dos trabalhos da empreitada, tal como fica evidenciado na proposta da empresa Tecnovia, S.A..

Aliás, tal facto é corroborado pelo SESARAM, E.P.E., quando reconhece, relativamente à «(...) construção de um edifício para a instalação de sistema de tratamento de resíduos hospitalares (...)», que a complexidade invocada não decorre da empreitada em questão mas, complementarmente, da instalação do micro-ondas, equipamento esse que, através da «(...) utilização de ondas eletromagnéticas, com uma frequência entre as ondas radio e as ondas infravermelhas para aquecer os resíduos hospitalares a uma temperatura de 100.ºc, durante um determinado período (...)» promove a «(...) descontaminação dos resíduos através da destruição dos micro organismos».

Por outro lado, afigura-se que a execução do «(...) edifício (...) em parte sobre um túnel rodoviário, num talude de forte inclinação, face à orografia local (...) necessário a execução de cimbres ao solo para permitir a execução da cofragem, colocação de armaduras e respetiva betonagem, dado o edifício incorporar pilares centrais de grandes dimensões que dão apoio a vigas salientes balançadas e pré-esforçadas (...)», não constitui igualmente fundamento bastante para conferir complexidade aos trabalhos da empreitada propriamente dita, que aparentam ser destacáveis e autónomos da instalação do micro-ondas destinado à eliminação dos resíduos hospitalares.

Ademais, e contrariamente ao que é advogado pelo SESARAM, E.P.E., face à descrição dos trabalhos a realizar, a obra não é tida por subsumível na categoria III, em que têm enquadramento as obras cujo projeto de execução está condicionado, quanto à sua elaboração e relativamente às obras correntes, por algum dos fatores descritos nas als. a) a f) do n.º 4 do art.º 11.º da Portaria n.º 701-H/2008, designadamente:

- «a) Concepção fundamentada em programas funcionais com exigências especiais;
- b) Instalações técnicas que, pela sua complexidade, tornem necessário o estudo de soluções pouco correntes que exijam soluções elaboradas de compatibilização com as diferentes partes componentes da obra;
- c) Obrigatoriedade de pesquisa de várias soluções que conduzam a novos sistemas e métodos e à aplicação de materiais e elementos de construção diferentes das correntes na prática respectiva.
- d) Integração num contexto natural ou construído que determine exigências relevantes, correspondentes a, designadamente, aspectos relacionados com contextos ambientais ou visuais de exceção, históricos;
- e) Obrigação especial de inovação técnica ou artística do programa;

¹⁹ Retificado pela Declaração de Retificação n.º 5-B/2000, de 29 de fevereiro, e alterado pelo DL n.º 177/2001, de 4 de junho, pelas Leis n.ºs 15/2002, de 22 de fevereiro, 4-A/2003, de 19 de fevereiro, 5/2004, de 10 de fevereiro, pelo DL n.º 157/2006, de 8 de agosto, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de setembro, pelos DL n.ºs 18/2008, de 29 de janeiro, 116/2008, de 4 de julho, 26/2010, de 30 de março, pela Lei n.º 28/2010, de 2 de setembro, e pelo DL 266-B/2012, de 31 de dezembro.

f) Obrigatoriedade de pesquisa de soluções que garantam uma contenção de custos particularmente reduzidos».

Acresce ainda que o projeto de execução foi elaborado por técnicos do SESARAM, E.P.E., não tendo o mesmo sido objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do seu autor, isto quando a prática aponta para que, em obras públicas de complexidade técnica elevada, as entidades públicas recorram à aquisição de serviços para a elaboração do programa e projeto de execução.

Neste cenário, não pode senão concluir-se que o contrato de empreitada que ora se aprecia tem na sua essência a execução de trabalhos que não envolvem uma especial complexidade técnica, pelo que se questiona a rigidez dos requisitos mínimos obrigatórios da capacidade técnica e da capacidade financeira, estabelecidos pelo dono da obra para a sua realização.

A2) Da capacidade técnica

Ora, é ponto assente que o programa do procedimento corporiza o regulamento que define os termos a que deve obedecer a fase de formação do contrato [cfr. o art.º 41.º do CCP] o qual, no caso do concurso limitado por prévia qualificação, deve conter os requisitos mínimos de capacidade técnica que os candidatos devem preencher [art.º 164.º, n.º 1, al. h), e 165.º, n.º 1, do CCP], requisitos esses a aferir na fase de qualificação (art.ºs 184.º e ss. do mesmo diploma).

*O art.º 165.º, n.º 1, do mesmo Código, consagra, conforme foi já salientado no ponto **II. A)**, que os «(...) requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:*

- a) À experiência curricular dos candidatos;*
- b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;*
- c) Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade;*
- d) À capacidade dos candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar;*
- e) À informação constante da base de dados do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., relativa a empreiteiros, quando se tratar da formação de um contrato de empreitadas ou de concessão de obras públicas».*

Da análise comparativa entre os requisitos técnicos definidos pelo SESARAM, E.P.E., e o que é legalmente admissível, afigura-se existir uma disparidade, fundada na desadequação e desproporção face ao fim que se pretende alcançar.

Pese embora a lei confira à entidade adjudicante liberdade na fixação dos requisitos mínimos da capacidade técnica dos potenciais candidatos ao procedimento, temos que tal liberdade se mostra, desde logo, limitada pelos princípios reguladores da contratação pública, nomeadamente o da concorrência e o da proporcionalidade.

Nessa medida, a natureza das obrigações emergentes do contrato surge como um fator determinante na ponderação da adequação, indispensabilidade e razoabilidade dos critérios de averiguação da capacidade mínima dos candidatos, por referência ao seu conteúdo, aos deveres e sujeições por ele constituídas, e na ponderação dos níveis mínimos de capacidade para se aceder ao concurso.

De tal modo que a definição de tais requisitos não pode ser feita em abstrato sem qualquer conexão ao contrato que se visa celebrar na sequência do procedimento adjudicatório, devendo a mesma ajus-



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

tar-se àquele objeto contratual, a reportar para o efeito a elementos adequados e proporcionais com a natureza das prestações contratuais.

A este propósito, referem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira²⁰ que:

«(...) é na concorrência (no apelo e defesa do mercado, ínsitos nestes procedimentos), que assenta, na verdade, o valor nuclear dos procedimentos (mais ou menos) concursais: é a ela que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento.

Com a existência de um procedimento administrativo dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses administrativos que lhes estão cometidos (e que implicam dispêndio de dinheiros públicos ou cedência de bens ou utilidades administrativos), os entes públicos o façam da forma publicamente mais vantajosa possível.

E, quanto mais pessoas se apresentarem perante a Administração, como eventuais futuros contratantes, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no mercado administrativo, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da Administração – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.

É esta uma das razões por que os procedimentos concursais foram legalmente erigidos no principal modus negociandi do mercado administrativo.

Chamar a concorrência, lançar um concurso, pressupõe, portanto, considerar os concorrentes como opositores uns dos outros, permitindo-se-lhes que efectivamente compitam e concorram entre si, que sejam medidos (eles ou as suas propostas) sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis (...).

Rodrigues Esteves de Oliveira²¹ sustenta ainda que « (...) no plano procedimental, um corolário da concorrência é, desde logo, o dever da entidade adjudicante não definir requisitos de acesso ao procedimento tais (como número e valores das obras ou serviços iguais ou similares prestados) que resultem numa limitação desproporcionada no mercado habilitado a participar nesse procedimento (...)» (sublinhado nosso).

Conforme já dito anteriormente, na determinação dos pressupostos de acesso ao procedimento a entidade adjudicante deverá ter em consideração a relação causal entre as medidas a adotar e os fins a prosseguir, de forma a vedar o estabelecimento de requisitos demasiado exigentes de que possam resultar limitações manifestamente desadequadas à prossecução do fim público a alcançar em concreto.

Este entendimento é expressamente sufragado por Gomes Canotilho²², quando sustenta que «(...) a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins subjacentes (...)», sendo que a «(...) exigência de conformidade pressupõe a investigação e prova de que o ato do poder público é apto e conforme os fins justificativos da sua adoção (...)», tendo presente se «(...) o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim».

Posto isto, o que se exige então à entidade adjudicante é que, perante a função e os objetivos do procedimento em causa, não adote medidas restritivas e inadequadas ao efeito pretendido que potenciem a redução do universo concorrencial, ou seja, que resultem numa limitação manifestamente desproporcionada e prejudicial ao interesse público que se visa prosseguir.

Ora, no caso sub judice, verifica-se que as cláusulas 6.^a e 7.^a do programa do procedimento não respeitam os normativos e princípios concursais atrás identificados.

²⁰ Citados no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, 1.^a Secção – Contencioso, de 25 de março de 2010, no processo com o n.º 01257/09.7BEPRT – Vd. Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa. Das Fontes às Garantias, 2005, págs. 100 e 101.

²¹ In op. cit., pág. 71.

²² In Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.^a Edição, págs. 269 e 270.

Com efeito, para a empreitada de construção de um edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas, de resíduos hospitalares, foi exigido que cada uma das empresas opositoras ao procedimento:

- ✓ *Tivesse iniciado, concluído ou em execução empreitadas, nos últimos 5 anos, cujo somatório fosse de montante igual ou superior a 20 000 000,00€ ou, em alternativa, duas empreitadas, nos últimos 5 anos, em que pelo menos uma fosse de valor superior a 6 000 000,00€ e, no seu conjunto, tivessem um valor somado superior a 9 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. a)];*
- ✓ *Afetasse à empreitada um diretor da obra que fosse Engenheiro Civil ou Engenheiro Técnico Civil, residente na Região Autónoma de Madeira, com experiência mínima cumulativa de 10 anos em direção de obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 5 anos, em empreitadas cujo montante somado fosse igual ou superior a 20 000 000,00€ ou, em alternativa, duas empreitadas, nos últimos 5 anos, em que pelo menos uma fosse de valor superior a 6 000 000,00€ e, no seu conjunto, tivessem um valor somado superior a 9 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. b)];*
- ✓ *Afetasse à empreitada um Técnico Superior de Segurança e Saúde no Trabalho, residente na Região Autónoma de Madeira, que possuísse o grau de licenciado em Saúde Ambiental, com a experiência mínima cumulativa de 5 anos em obra, tendo participado ou esteja a participar enquanto gestor de segurança, nos últimos 5 anos, em empreitadas cujo montante somado fosse igual ou superior a 20 000 000,00€ ou, em alternativa, duas empreitadas, nos últimos 5 anos, em que, pelo menos uma, fosse de valor superior a 6 000 000,00€ e, no seu conjunto, tivessem um valor somado superior a 9 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. c)];*
- ✓ *Afetasse à empreitada um Engenheiro Eletromecânico, que possuísse a experiência mínima cumulativa de 10 anos em obra, tendo participado ou esteja a participar como Engenheiro Eletromecânico, nos últimos 3 anos, em pelo menos uma empreitada de montante igual ou superior a 6 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. d)];*
- ✓ *Afetasse à empreitada um encarregado geral, residente na Região Autónoma de Madeira, que possuísse a experiência mínima cumulativa de 10 anos, tendo participado ou esteja a participar enquanto tal, nos últimos 3 anos, em pelo menos uma empreitada de montante igual ou superior a 6 000 000,00€, referentes a obras de construção civil em centros hospitalares [cl. 6.ª, n.º 1, al. e)];*
- ✓ *Indicasse como diretor de obra e encarregado geral membros dos quadros da respetiva empresa [cl. 6.ª, n.º 1, al. g)];*

Ora, estes requisitos configuram verdadeiras imposições restritivas aos princípios contratuais propugnados, desprovidas de enquadramento legal e sem qualquernexo causal à obra pública a executar, pois estamos perante a construção de um edifício que, apesar de se destinar à instalação de um sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos na unidade hospitalar denominada Dr. Nélio Mendonça, não envolve de per si, e atenta a descrição dos trabalhos a realizar, uma especial complexidade técnica, ao contrário do que o SESARAM, E.P.E., pretende fazer crer.

Neste enquadramento, com efeito, não são de acolher os argumentos apresentados por aquela entidade pública empresarial, sustentados:

- ✓ *Na salvaguarda de os candidatos reunirem um volume de obras suficiente e adequado à natureza das prestações contratuais que assegurasse a qualidade indispensável à sua boa execução e a garantia de execução da obra nos prazos fixados, minimizando os riscos potenciais inerentes a atrasos ou deficiências na construção;*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- ✓ *Na disponibilidade de uma equipa técnica qualificada, experiente em empreitadas hospitalares, homogénea nas várias especialidades, na medida em que a execução de obras em hospitais assume contornos extremamente específicos face a outros edifícios destinados à instalação de outros serviços;*
- ✓ *No facto de uma obra desta natureza não poder ser gerida à distância, mas sim in loco, justificando com isso a exigência de o diretor de obra, de o técnico superior de segurança e saúde no trabalho, e de o encarregado geral possuírem residência na Região Autónoma de Madeira, por não ser admissível que esses técnicos assegurem várias obras em locais geograficamente distantes em que é impossível que executem corretamente as suas funções;*
- ✓ *Na necessidade de o diretor de obra e o encarregado geral terem de ser membros dos quadros da empresa candidata a fim de garantir a estabilidade na execução da mesma, que não se compadece com a precariedade de outro tipo de vínculos laborais que possam determinar entradas e saídas destes técnicos, cas as consequências nefastas para a boa execução da obra.*

Posto isto, a fundamentação erigida pelo SESARAM, E.P.E., sobre os apontados requisitos de capacidade técnicas fixados para efeitos de admissão dos candidatos ao procedimento apenas reforça a conclusão de que, na situação vertente, foi violado o n.º 1 do art.º 165.º do CCP, por ter ocorrido uma evidente limitação do leque concorrencial, comprovada com o reduzido número de candidatos que se apresentaram ao procedimento (3), e reforçada pelo facto de entre estes, só um ter ficado qualificado, por ser o único a observar tais exigências mínimas e obrigatórias de capacidade técnica, o que constitui um indício sintomático de que somente poucas empresas de construção civil estariam em condições de cumprir com pressupostos tão apertados e, sublinhe-se, inadequados, face à natureza da empreitada em apreço, caracterizada no ponto AI) desta Decisão.

Atuação, que, em última instância, fez também perigar dois dos princípios que norteiam a contratação pública, vertidos no n.º 4 do art.º 1.º do CCP – o da concorrência, por o SESARAM, E.P.E., ter limitado injustificadamente o acesso ao procedimento concursal, e o da proporcionalidade, na medida em que os requisitos definidos se revelaram excessivos face à complexidade da empreitada.

A3) Da capacidade financeira

Conforme já foi anteriormente salientado, o n.º 4 do art.º 164.º do CCP permite que o programa do concurso indique «(...) requisitos mínimos de capacidade financeira que os candidatos devem preencher cumulativamente com o requisito previsto no anexo IV do (...) Código (...)», sendo que o art.º 165.º, n.º 2, preceitua que a capacidade financeira «(...) baseia-se, pelo menos, no requisito mínimo traduzido pela expressão matemática constante do (...)» aludido anexo.

Por sua vez, estatui o n.º 3 do art.º 165.º que tais requisitos de capacidade financeira «(...) devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar», na certeza de que os «(...) requisitos mínimos de capacidade técnica referidos no n.º 1 e o factor 'f' referido na alínea i) do n.º 1 do artigo» 164.º, respeitante ao valor económico estimado do contrato, «não devem ser fixados de forma discriminatória» (n.º 5), dispondo o n.º 4 do citado art.º 165.º que, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, quando «(...) os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos no programa do concurso se basearem em elementos de facto já tidos em consideração para efeitos da concessão do alvará ou título de registo contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar, tais requisitos devem ser mais exigentes que os legalmente previstos para aquela concessão».

Não obstante este enquadramento legal, o SESARAM, E.P.E., no essencial, defendeu que a exigência constante da cláusula 7.ª do programa do procedimento, de que o requisito mínimo obrigatório para aferição da capacidade financeira dos candidatos, traduzido na posse de uma média aritmética do volume de negócios dos últimos três exercícios económicos (2010, 2011 e 2012) superior a 20 000 000,00€, sendo que a verificação desse requisito resultaria da expressão matemática constante no

Anexo IV do CCP, nos moldes já descritos no antecedente ponto I., assentou em dois pontos fundamentais:

- *Na adequabilidade dessa exigência de modo a evitar que, por razões financeiras, a empresa candidata não executasse a obra nos moldes propostos, situação inadmissível numa área de prestação de cuidados de saúde, garantindo que essa empresa detivesse liquidez suficiente para assegurar o pagamento dos materiais e equipamentos indispensáveis à obra a executar, a fim de prosseguir com o normal funcionamento dos trabalhos, impedindo, por esta via, que o contratante ficasse à mercê de uma eventual insuficiência económico-financeira do cocontratante, e na*
- *Doutrina interna, baseada nos estudos de Ana Gouveia Martins, na jurisprudência comunitária e na posição sustentada pela Sérvulo Correia e Associados, que assentam em dois aspetos essenciais: na liberdade conferida à entidade adjudicante na fixação de critérios suplementares para efeitos de avaliação dos requisitos mínimos de capacidade financeira, e no de que essa avaliação deverá reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais.*

O SESARAM, E.P.E., porém, ao indicar o supra citado requisito mínimo obrigatório para demonstração da capacidade financeira dos candidatos, definiu uma exigência desproporcional neste domínio, atendendo a que o preço contratual foi fixado em 1 385 000,00€, cerca de catorze vezes menos do que o valor estabelecido como requisito mínimo para admissão ao concurso (20 000 000,00€).

Na verdade, tendo a definição dos critérios de admissão ao concurso que ter por referência o contrato que se pretende celebrar, não se vislumbra que tais exigências de solvabilidade financeira se justificassem na situação vertente, quer porque estamos na presença de um contrato cuja expressão financeira se queda bastante abaixo dos valores acima exigidos e cujo objeto, apesar de se reportar à construção na área da saúde, não difere substancialmente de outras empreitadas de obras públicas no tocante aos trabalhos a executar, pois no que toca à capacidade financeira, o que importa é garantir a aptidão dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato futuro, de forma a assegurar o mais amplo acesso ao procedimento por parte dos interessados em contratar.

Nesta sequência, a imposição de uma autonomia financeira nos moldes propostos constitui uma desobediência aos princípios da concorrência, por limitar injustificadamente o acesso ao procedimento concursal, e da proporcionalidade, na medida em que os requisitos definidos se revelam excessivos face ao preço base da empreitada.

Posto isto, é inevitável concluir que foi desrespeitado o n.º 2 do art.º 165.º do CCP, sendo que esse incumprimento é passível de ter deixado de fora do procedimento concursal eventuais interessados que reuniam as condições habilitacionais tidas por suficientes para a execução da presente empreitada e que se viram impossibilitados de apresentar candidatura, os quais poderiam, numa fase subsequente, ter apresentado propostas porventura mais favoráveis para a entidade adjudicante – caso da Socicorreia – Engenharia Limitada, que, enquanto empresa candidata, não respondeu, de forma satisfatória, a tal exigência, bem como os aludidos princípios da concorrência e da proporcionalidade, acolhidos no n.º 4 do art.º 1.º do CCP.

B) Das retificações das peças do procedimento à prorrogação do prazo para apresentação das candidaturas

Na deliberação tomada pelo júri do concurso em 21 de fevereiro de 2014, a coberto das competências que lhe foram delegadas pelo Conselho de Administração do SESARAM, E.P.E., a 24 de janeiro de 2014, ao abrigo do n.º 2 do art.º 69.º, conjugado com o art.º 109.º, ambos do CCP, foram eliminadas as cláusulas 6.ª, n.º 1, al. h), e 8.ª, n.º 1, al. d), do programa do procedimento, sendo que aquela se reportava a um requisito mínimo e obrigatório de capacidade técnica dos candidatos, e esta à apresentação do documento que comprovasse a titularidade desse requisito.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Mas porquanto tais eliminações de efeito retificativo consubstanciaram uma alteração de um aspeto fundamental do programa do procedimento, o prazo concedido para a apresentação das candidaturas deveria ter sido prorrogado, com posterior divulgação através de aviso publicado no Diário da República, tal como exigem os n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP.

Com efeito, a densificação da noção de «aspeto fundamental das peças do procedimento», tal como sufragam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira²³, «deve ser feita em função do seu objecto e em função da sua repercussão na economia da proposta ou da candidatura».

Por conseguinte, «atendendo ao seu objeto», são tidas como «rectificações que implicam alterações de aspetos fundamentais das peças do procedimento aquelas que versem, directa ou reflexamente, sobre atributos das propostas (...) com incidência na respectiva avaliação, que respeitem aos factores de adjudicação e ao modelo de avaliação e, bem assim, **os relativos às condições de acesso ao procedimento (quando se trate da sua alteração ou da sua extensão)** e aos parâmetros base – e aos termos e condições, aqui, quando a alteração seja significativa ou fundamental²⁴»(destaque nosso).

Nas suas alegações, o SESARAM, E.P.E., afastou a hipotética violação das obrigações impostas pelo n.º 2 e pelo n.º 4 do art.º 64.º CCP, sustentando tal posição no pressuposto de que esta «(...) retificação às peças do procedimento não veio acrescentar uma nova exigência. Pelo contrário, veio suprimir algo que era exigido o que, no entender do Júri, abonaria a favor dos eventuais candidatos. E, por essa razão, o Júri considerou que tal retificação não consubstanciava uma alteração substancial às peças do procedimento não tendo, por conseguinte prorrogado o prazo concedido para a entrega das candidaturas. (...) Assim, no caso sub judice não se alterou um aspeto fundamental das peças do procedimento, não houve uma alteração significativa, que compromettesse os princípios da estabilidade das peças contratuais, da concorrência ou da proteção da confiança, termos em que não se impunha a prorrogação do prazo para apresentação das candidaturas. (...) sendo certo que desta redução das exigências de capacidade técnica previstas não resultou qualquer lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos, nem de qualquer princípio da contratação pública».

Este entendimento não pode, todavia, ser acolhido por que a eliminação daquelas alíneas do programa do procedimento consubstanciaram, na prática, uma verdadeira modificação de aspetos fundamentais do concurso público limitado por prévia qualificação em apreço, pois as disposições em questão remetem para a demonstração da posse de requisitos mínimos obrigatórios de capacidade técnica relacionados com um dos aspetos essenciais das peças procedimentais, constituindo tal supressão uma verdadeira alteração ao aludido programa.

A não prorrogação devida, independentemente da argumentação apresentada pelo SESARAM, E.P.E., impediu que, no caso vertente, mais empresas interessadas a ser admitidas ao procedimento pudessem ter apresentado candidaturas e, posteriormente, propostas eventualmente mais vantajosas do ponto de vista do interesse público, facto que poderá, pelo menos em abstrato, ter conduzido à alteração do resultado financeiro do contrato de que aqui se cuida.

Pelo que se afigura que essa atuação, para além de contrariar efetivamente o art.º 64.º, n.ºs, 2 e 4, do CCP, é igualmente suscetível de ter colocado em crise, com particular acuidade, o princípio da concorrência, assim como o da igualdade, o da transparência e o da publicidade, que presidem os procedimentos pré-contratuais, e emanam 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).

²³ In *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pág. 317.

²⁴ No mesmo sentido, vide Jorge Andrade da Silva, In *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, 2.ª Edição, Almedina, 2009, págs. 234 a 236, onde aquele autor defende que, não especificando o CCP o que se entende por “aspeto fundamental das peças do procedimento”, deve esse conceito indeterminado ser averiguado “caso a caso”, sendo que o mesmo não andar “longe dos aspetos das peças do procedimento que tenham a ver com as condições de admissão ao procedimento ou com o conteúdo das prestações contratuais”.

As ilegalidades assim apuradas nos pontos II.A2), II.A3) e no presente ponto II.B), consubstanciadas na violação dos n.ºs 1 e 2 do art.º 165.º do CCP, e dos n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º, do mesmo Código, a par de diversos princípios que enformam a contratação pública, e que encontram acolhimento no n.º 4 do art.º 1.º também do CCP, e no n.º 2 do art.º 266.º da nossa Lei Fundamental, afetam a validade do ato final de adjudicação com a anulabilidade, por vício de violação de lei, nos termos do art.º 135.º do CPA, invalidando essa que se repercute no contrato de empreitada celebrado, ex vi do n.º 2 do art.º 283.º do CCP.

À luz dos fundamentos de recusa de visto, enunciados nas als. a), b) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas²⁵, as ilegalidades decorrentes da violação das normas ínsitas aos artigos supra invocados bem como dos retro aludidos princípios, podem constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada al. c), por se mostrarem, pelo menos em abstrato, e tal como anteriormente se assinalou, suscetíveis de terem provocado a alteração do resultado financeiro do contrato, a configurar-se a hipótese de terem afastado do procedimento outros potenciais interessados em contratar, e impedido o SESARAM, E.P.E., de admitir outras propostas porventura mais vantajosas ao interesse público financeiro.

Todavia, tendo em conta que não se pode dar por adquirida a referenciada alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, e por que também o SESARAM, E.P.E., nunca foi alvo de qualquer recomendação por parte do Tribunal de Contas incidente sobre as matérias apreciadas, afigura-se adequando recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar àquela entidade que, futuramente, evite a prática das ilegalidades assinaladas.

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, recomendando ao SESARAM, E.P.E., que, de futuro:*

- 3. Passe a respeitar escrupulosamente o disposto no n.º 1 e no n.º 2 do art.º 165.º do CCP, nos procedimentos que lance com vista a adjudicação de obras públicas, evitando, em concreto, nos programas de procedimento, a fixação de requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira desproporcionais e desajustados que reduzam o universo concorrencial, e que*
- 4. Quando introduza alterações a aspetos fundamentais das peças dos procedimentos, prorrogue o prazo concedido para a apresentação de propostas e ou de candidaturas, e proceda à devida divulgação, em observância dos n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP”.*

3.2. Normas legais aplicáveis

Os preceitos normativos cujo desrespeito conduziu à prática das ilegalidades assinalada no anterior ponto 3., extraído da Decisão n.º 4/FP/2014, são:

- No que concerne à primeira delas, os n.ºs 1 e 2, do art.º 165.º do CCP;
- No segundo caso, os n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º também do CCP.
- E os princípios da concorrência, da proporcionalidade, da igualdade, da transparência e da publicidade, que encontram acolhimento no n.º 4 do art.º 1.º do CCP, e no n.º 2 do art.º 266.º da CRP.

²⁵ Republicada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, que foi objeto da Declaração de Retificação n.º 72/2006, de 6 de outubro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro, e 2/2012, de 6 de janeiro.



3.3. Caracterização das infrações e respetivo enquadramento legal

As ilegalidades assinaladas no âmbito da apreciação do processo de visto em referência, decorrentes da inobservância dos preceitos legais identificados no antecedente ponto 3.2, são passíveis de configurar ilícitos financeiros, enquadráveis na previsão normativa do art.º 65.º, n.º 1, al. 1), e n.º 2, da LOPTC, na redação introduzida pelo art.º 1.º da Lei n.º 61/2011, que consagram a possibilidade de aplicação de multas pelo TC, dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando esteja em causa a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública.

3.4. Identificação dos responsáveis

As infrações financeiras assinaladas são imputáveis, nos termos do art.º 61.º, n.º 4, da LOPTC, aplicável *in casu* por força do disposto no art.º 67.º, n.º 3, do mesmo diploma:

- a) A José Agostinho Mendonça Franco, autor das CI_O_03_14, e CI_O_03a_14, de 21 de janeiro de 2014²⁶, que traziam em anexo o “*Projeto de Execução, a proposta de preço base, requisitos mínimos obrigatórios de capacidade técnica e de capacidade financeira, critérios de adjudicação, alvará ou título de registo e júri*”, e que sustentaram a deliberação do CA de abertura do procedimento que culminou com a adjudicação do contrato vertente.
- b) Aos membros do júri do concurso, a saber: José Agostinho Mendonça Franco, na qualidade de Presidente, e Maria Seifert Miranda, Maria Rosário Freitas Bárbara, Luís Filipe Santos Rodrigues e Faustino Gilberto Rodrigues Freitas, na qualidade de vogais, que deliberaram, em 3 de fevereiro de 2014, suprimir a al. h) do n.º 1 da cláusula 6.ª e a al. d) do n.º 1 da cláusula 8.ª do PP, sem a subsequente prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas, em virtude de estarmos perante a modificação de aspetos fundamentais do procedimento.

Por ambas as situações acima descritas são igualmente responsáveis os membros do CA que votaram por unanimidade, a 9 de abril de 2014, a adjudicação da presente obra nos termos propostos no relatório final elaborado pelo júri, designadamente Maria Sidónia Rodrigues Nunes, enquanto Presidente, e Ricardo Nuno Rodrigues Fernandes Manica e Hugo Calaboça Amaro, como vogais, enquanto agentes da ação, e, por isso, ao abrigo do art.º 61.º, n.º 1, aplicável *ex vi* do n.º 3 do art.º 67.º, ambos da LOPTC.

3.5. Justificações ou alegações apresentadas

No âmbito da verificação preliminar do contrato da empreitada incurso foi dirigido ao SESARAM, E.P.E., através do ofício com a ref.ª UAT I/117, de 14 de maio de 2014, um pedido de esclarecimentos e documentos complementares, tendo sido nomeadamente solicitado àquela entidade que, no tocante aos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos fixados na cláusula 6.ª do PP, evidenciasse em que medida a sua determinação observou a disciplina normativa ínsita no artigo 165.º, n.º 1, do CCP, nomeadamente no que tange à sua adequabilidade face à natureza dos trabalhos objeto do contrato em apreço, o mesmo sucedendo com o requisito mínimo e obrigatório de capacidade financeira dos candidatos, exigido na cláusula 7.ª n.º 1, da citada peça do procedimento, traduzido na posse de uma média aritmética do volume de negócios dos últimos três exercícios económicos superior a 20 000 000,00€, tendo presente que o preço contratual se queda em 1 385 000,00€.

Ao que o SESARAM, E.P.E, alegou, em síntese, no seu ofício sob a ref.ª S.1411029, de 30 de maio, que “[o]s requisitos mínimos obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, fixado pela entidade adjudicante na cláusula 6.ª do programa de procedimento, têm acolhimento no n.º 1, do artigo 165.º

²⁶ Onde foram propostos os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos nas cláusulas 6.ª, n.º 1, als. a) a h), e 7.ª, do PP, que foram considerados desproporcionais pelo Tribunal.

do Código dos Contratos Públicos, nomeadamente no que tange à sua adequabilidade face à natureza dos trabalhos objeto do contrato em apreço, como a seguir se demonstra:

1. Em primeiro lugar (...) a prestação de cuidados de saúde é geradora de elevado volume de resíduos hospitalares perigosos.
2. Com as exigências estabelecidas ao nível da capacidade técnica a entidade adjudicante procura salvaguardar a boa execução da obra (...) dado que a mesma se reveste de grande complexidade.
3. (...) pois trata-se da construção de um edifício que se destina a instalação de sistema de tratamento por micro-ondas. (...)

(...)

7. Ciente destes fatos, não pode o SESARAM deixar de se acautelar, evitando estes riscos, exercendo o seu dever de prossecução do interesse público, sob pena de estar em causa a saúde pública e o ambiente, acautelados pelo tratamento de resíduos hospitalares por meio de micro-ondas, bem como todo o plano de remodelação do Hospital Dr. Nélio Mendonça, com o prejuízo daí emergente para os doentes e trabalhadores desta entidade.

(...)

13. Com os critérios definidos pretende-se que a obra seja gerida por uma equipa experiente e homogénea nas diferentes especialidades, daí o grau de exigência solicitada a todos os elementos afetos, totalmente coincidente e coerente com a complexidade da obra (...).

No que respeita à capacidade financeira, defendeu o SESARAM, E.P.E., que “(...) a mesma é adequada para garantir a regular execução do contrato em apreço e evitar que a empresa a contratar não tenha dificuldades financeiras e, assim, possa garantir a aludida execução.

Efetivamente, esta capacidade financeira está interligada com a capacidade técnica exigida, dado que para o candidato consiga cumprir a primeira tem de ter capacidade financeira para manter uma equipa com as características e experiência exigidas, que efetivamente tem custos avultados para as empresas”.

Em concretização deste posicionamento, invocou a doutrina perfilhada por Ana Gouveia Martins²⁷, de que “(...) a capacidade financeira reporta-se à avaliação da aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações contratuais”, e a jurisprudência comunitária que concede uma “(...) margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira destinados a assegurar o cabal cumprimento do contrato²⁸.”

Nesta mesma senda, socorreu-se o SESARAM, E.P.E., da posição sustentada pela *Sérvulo Correia e Associados*²⁹, que considera “o prazo de execução do contrato” como “(...) aspeto importante (...) na ponderação do grau de exigência dos requisitos mínimos de capacidade financeira para efeitos de qualificação”, e que, “[n]a verdade, fará mais sentido requerer uma capacidade financeira qualificada no caso de um contrato duradouro do que no caso de um contrato de curta duração (ou até execução instantânea)”.

Foi, de igual modo, solicitado que se explicitasse em que categoria de obra se classifica a presente empreitada, em conformidade com o art.º 11.º da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho, tendo o

²⁷ In Estudos da Contratação Pública I, página 260.

²⁸ Vide Acórdão TJ de 15.01.1986, relativo ao Proc. C-27-29/86 – CEI e Bellini, in Coletânea da jurisprudência 1987, pág. 03347.

²⁹ In Manual de Procedimentos Contratação Pública de Bens e Serviços.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

SESARAM, E.P.E., informado que “(...) a edificação integra uma estrutura pré-esforçada, classificada nos termos do Anexo II da referida Portaria como «Estrutura de edificações: Com exigências especiais» e por sua vez classificada na Categoria III”.

O SESARAM, E.P.E., foi instado, por último, no referenciado ofício com a ref.^a UAT I/117, a pronunciar-se por que motivo a eliminação, deliberada pelo júri a 3 de fevereiro de 2014, das cláusulas 6.^a, n.º 1, al. h), e 8.^a, n.º 1, al. d), do PP, que se traduziram na modificação de aspetos fundamentais do procedimento, na medida em que aquelas disposições remetem para a demonstração da posse dos requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica dos candidatos, não conduziram à prorrogação do prazo de apresentação das candidaturas, em obediência ao estabelecido no art.º 64.º, n.º 2, do CCP, ao que aquela entidade contrapôs que:

“(...) o Júri deliberou eliminar as alíneas h) do n.º 1 da cláusula 6.ª e d) do n.º 2 da cláusula 8.ª do Programa de Procedimento, por ter constatado que só por mero lapso tal requisito constava do referido Programa”. Alegou ainda que a retificação assim operada “ (...) não veio acrescentar uma nova exigência. Pelo contrário, veio suprimir algo que era exigido o que, no entender do Júri, abonaria a favor dos eventuais candidatos.

E, por essa razão, o Júri considerou que tal retificação não consubstanciava uma alteração substancial às peças do procedimento não tendo, por conseguinte, prorrogado o prazo concedido para a entrega das candidaturas.

(...) não se alterou um aspeto fundamental das peças do procedimento, não houve uma alteração significativa que compromettesse os princípios da estabilidade das peças contratuais, da concorrência ou da proteção de confiança, termos em que não se impunha a prorrogação do prazo para a apresentação das candidaturas”.

3.6 Identificação de anteriores censuras/recomendações formuladas

Conforme consta da Decisão n.º 4/FP/2014, não foi identificada qualquer anterior recomendação do TC dirigida ao SESARAM, E.P.E., motivada pelo incumprimento da disciplina normativa imposta pelos art.ºs 165.º, n.ºs 1 e 2, e 64.º, n.ºs 2 e 4, do CCP, e, por essa via, dos princípios acolhidos no n.º 4 do art.º 1.º também deste Código, e no n.º 2 do art.º 266.º da CRP.

3.7 Apreciação das alegações produzidas em sede de contraditório

Tal como adiantado no ponto 2.3. *supra*, dos responsáveis notificados para efeito do exercício do contraditório, nos termos do art.º 13.º da LOPTC, responderam em conjunto Maria Sidónia Rodrigues Nunes, Ricardo Nuno Rodrigues Fernandes Manica, José Agostinho Mendonça Franco, Maria Seifert Miranda, Maria Rosário Freitas Bárbara, Luís Filipe Santos Rodrigues e Faustino Gilberto Rodrigues Freitas, enquanto Hugo Calaboiça Amaro fê-lo num documento distinto e os restantes não se pronunciaram.

Como ponto de partida, todos alegaram, em síntese, que o Tribunal, em sede de fiscalização prévia, não deu por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato apreciado, na medida em que este foi visado, ainda que com recomendações, daí retirando a ilação de que essa decisão é um garante de que aquele termo e o procedimento de contratação que lhe presidiu estão conformes à lei e que as recomendações visam suprir ou evitar no futuro ilegalidades, ou seja, só terão alguma consequência efetiva para o futuro.

No mesmo encadeamento, secundam a posição de que os princípios da certeza e segurança jurídicas que emergem da concessão do visto não se compaginam com a imputação de responsabilidade financeira sancionatória, pois foi nessa sequência que o contrato em causa produziu todos os seus efeitos, designadamente os relativos aos respetivos pagamentos, na medida em que confiaram que a sua atuação não envolvia qualquer irregularidade.

Em suma, venceu Hugo Calaboiça Amaro, “(...) o Tribunal de Contas, ao vir imputar responsabilidades financeiras, após ter concedido visto prévio ao instrumento contratual em questão, de onde decorrem as despesas públicas em causa, incorre num verdadeiro abuso do direito de acção, por contrário à boa fé.

Trata-se, de um verdadeiro venire contra factum proprium”.

Este responsável sustenta a ideia de que “quando se pretende o apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia, não está, certamente, a orientar-se a actividade do tribunal para imputar responsabilidades financeiras, nos casos em que ele próprio considerou que as eventuais irregularidades cometidas não tinham efectiva influência no resultado financeiro do contrato e, por isso, concedeu o visto, pelo que não pode vir depois entender o contrário.

Na verdade, a relação entre a fiscalização prévia e o apuramento de responsabilidades financeiras está intimamente ligada à efectivação de pagamentos indevidos, em caso de recusa de visto, ou antes da sua concessão, fora dos casos previstos na lei, sob pena de absurdo”.

Em contraponto, vejamos o que dispõe a LOPTC sobre esta questão trazida à colação pelos contraditados.

De acordo com o art.º 5.º, n.º 1, als. c) e e), da LOPTC, compete ao TC “[f]iscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos (...), para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto (...)”, onde se inclui o SESARAM, E.P.E., e “[j]ulgar a efectivação de responsabilidades financeiras de quem gere e utiliza dinheiros públicos, independentemente da natureza da entidade a que pertença, nos termos da presente lei;

Quanto à finalidade do visto, comanda o n.º 1 do art.º 44.º da LOPTC que “[a] fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”.

Já sobre os fundamentos da recusa do visto dispõe o n.º 2 do mesmo art.º 44.º que “[c]onstitui fundamento” para tanto “a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos com as leis em vigor que implique: a) Nulidade; b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro”, sendo que no “[n]os casos previstos na alínea c) número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades” (n.º 4 – destaque nosso).

Este enquadramento permite precisar que o facto de ter sido entendido, em sede de fiscalização prévia, que não estava adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato, o que possibilitou que este tivesse sido visado com recomendações, não exime o Tribunal de proceder contra os responsáveis, com fundamento numa infração financeira, na medida em que a suscetibilidade de essa atuação ser sancionada com multa não tem como consequência imediata a recusa de visto.

E isto tão-somente porquanto o elenco de situações suscetíveis de se reconduzir à imputação de responsabilidade financeira sancionatória, previsto nos art.ºs 59.º e 65.º da LOPTC, e indiciadas, nomeadamente, em processos de fiscalização prévia, é muito mais abrangente do que aquele referente aos fundamentos da recusa do visto, e definido no art.º 44.º, n.º 3, da mesma Lei.

Daí que se perceba que se o Tribunal, no caso de processos submetidos a fiscalização prévia, apurar ilegalidades que alterem ou possam ter alterado o resultado financeiro dos atos, contratos ou outros instrumentos apreciados, possa recusar o visto ou, em decisão fundamentada, optar por concedê-lo e



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades, nos moldes preceituados na al. c) do n.º 1 do art.º 84.º, e no art.º 106.º, n.º 1, ambos da LOPTC).

Concretizando, “[o]s processos em que haja dúvidas de legalidade sobre os respectivos actos, contratos e demais instrumentos jurídicos são apresentados à primeira sessão diária de visto com um relatório, que, além de mais, deve conter³⁰ (...) [o]s factos concretos e os preceitos legais que constituem a base da dúvida ou obstáculo à concessão do visto, posto o que são obrigatoriamente decididos em sessão ordinária semanal, no que às Secções Regionais diz respeito.

Mas nesta situação cumpre também atender ao articulado no Despacho n.º 1/2012-JC/SRMTC, de 30 de janeiro – que aplica e adapta à SRMTC a Resolução n.º 3/2011, 1.ª S/PL do TC, sobre o apuramento de responsabilidades detetadas no âmbito da fiscalização prévia e da fiscalização concomitante – e que manda que seja observado o seguinte procedimento:

- ✓ Na aludida sessão diária deverá ser verificada e avaliada a relevância das infrações constantes do referido relatório e determinada, sendo caso disso, a abertura do processo para o respetivo apuramento, a fim de ser dada vista ao Ministério Público, nos termos do art.º 77.º, n.º 2, al. d) da LOPTC;
- ✓ A ação referida, designada *auditoria para apuramento de responsabilidades financeiras no exercício da fiscalização prévia*, é objeto de numeração sequência e de instrução autónoma, sem prejuízo dos elementos e documentos relevantes a extrair do processo de visto;
- ✓ No domínio desta ação devem ser apurados todos os factos e circunstâncias relevantes, promovendo-se, nomeadamente, a clara identificação dos atos ilícitos, dos seus autores e das circunstâncias em que atuaram;
- ✓ Passo em que é elaborado um relato³¹, seguido da ordenação da audição dos responsáveis, com respeito pelo art.º 13.º da LOPTC.
- ✓ O processo segue com a elaboração do anteprojeto de relatório, que para além dos aspetos incluídos no relato, deve formular conclusões em face das alegações dos responsáveis, cumprindo-se o disposto no n.º 4 do art.º 13.º da LOPTC, e eventuais recomendações a dirigir aos responsáveis e ou às entidades, para além de apresentar um mapa anexo que liste as infrações apuradas^{32 e 33}.
- ✓ O relatório final, com as respetivas conclusões, é aprovado em sessão ordinária semanal, remetido ao Ministério Público, em cumprimento do ordenado pelo art.º 77.º, n.º 2, al. d), ou 57.º, n.º 1, da LOPTC, e notificado aos responsáveis e demais entidades.

Face ao quadro legal e regulamentar traçado, impunha-se, em obediência ao aludido princípio da boa-fé e da tutela da confiança, que em sede de auditoria fossem apuradas as responsabilidades financeiras indiciadas, que o Tribunal entendeu, em sede de fiscalização prévia, não se mostrarem aptas a fundamentar uma decisão de recusa de visto.

³⁰ O aludido relatório deve ainda conter: a) A descrição sumária do objecto do acto ou contrato sujeito a visto; b) As normas legais permissivas; (...) d) A identificação de acórdãos ou deliberações do Tribunal em casos iguais; e) A indicação do termo do prazo de decisão para efeitos de eventual visto tácito; f) Os emolumentos devidos (...).”

³¹ Que, sem prejuízo de outros elementos considerados pertinentes, deve conter a descrição dos factos relevantes, as normas legais aplicáveis, a caracterização das infrações e respetivo enquadramento legal, a identificação dos responsáveis, as justificações ou alegações apresentadas, a apreciação, indicando, nomeadamente factos relevantes para apreciação da culpa e eventuais responsáveis e o período do seu exercício de funções, a sanção aplicável e respetiva moldura legal, referindo os limites mínimos e máximos aplicáveis ao caso, em unidades de conta e em euros, informação sobre existência de anteriores censuras e ou recomendações no domínio da mesma matéria, e possibilidade e consequências do pagamento voluntário.

³² Com inclusão da identificação dos factos ilícitos, especificações das normas legais violadas, tipificação da infração e respetivo enquadramento legal, identificação dos responsáveis, identificação dos pontos dos relatórios que tratam a matéria, indicação das folhas, separadores ou volumes do processo de auditoria de onde constam os elementos de prova.

³³ E a proposta de emolumentos.

Isto porque, reforça-se, o facto de um determinado comportamento não ter como cominação a recusa do visto não significa que não persista uma ilegalidade suscetível de ser analisada noutra sede e com as respetivas consequências já que, em circunstância alguma, a intervenção do Tribunal no domínio da fiscalização prévia sana a ilegalidade de que padece o ato ou o contrato ou, dito de outra forma, o exercício de uma competência do Tribunal não preclui o exercício de outra.

Fica, pois, assente, que o sistema que a LOPTC criou e disciplinou neste domínio não faz depender *“a relação entre a fiscalização prévia e o apuramento e imputação de responsabilidades financeiras”* da *“efetivação de pagamentos indevidos, em caso de recusa de visto, ou antes da sua concessão, fora dos casos previstos na lei”*.

Também inversamente ao arguido, o que a Decisão do Tribunal permitiu foi a produção de efeitos financeiros do contrato, evento que sucedeu num momento perfeitamente distinto e sequencial à contratação da despesa pública, fazendo cair por terra a posição de que houve lugar a uma *“flagrante violação dos princípios da boa-fé e da tutela da confiança”*, pois aquele compromisso já havia sido previamente assumido à tomada de posição que concedeu o visto.

Debruçando-nos agora sobre o que de novo trouxeram os demais responsáveis auscultados, verifica-se que vieram demonstrar que o projeto de execução e o projeto de arquitetura da obra em análise foram elaborados pela empresa *“Métodos B – Engenharia”* e pela Direção Regional de Edifícios Públicos – Divisão de Projetos, respetivamente, e, com isso, rebater o entendimento vertido no relato de que a autoria pertencia a técnicos do SESARAM, E.P.E., e, por consequência, que a presente edificação não integrava uma estrutura pré-esforçada, classificada, nos termos do Anexo II da Portaria n.º 701-H/2008 como *“Estrutura de edificações: Com exigências especiais”*, em que têm enquadramento as obras cujo projeto de execução está condicionado, quanto à sua elaboração e relativamente às obras correntes, por algum dos fatores descritos nas als. a) a f) do n.º 4 do art.º 11.º da aludida Portaria.

Ora, pese embora se possa admitir que a obra pública em concreto tem na sua essência a execução de trabalhos que envolvem uma especial complexidade técnica, esse aspeto, por si só, não justifica os requisitos mínimos obrigatórios da capacidade técnica estabelecidos pelo SESARAM, E.P.E., para a admissão de candidatos com vista a sua realização, uma vez que estes deveriam ter tido em conta essa complexidade e não o montante de outras obras em currículo da empresa e dos técnicos especialistas a afetar à empreitada, até porque, tal como destacam aqueles responsáveis, *“(…) não há uma correlação valor/complexidade técnica da empreitada. No presente caso a obra é de extrema complexidade técnica, mas não necessariamente muito onerosa”*.

Ou seja, no tocante à capacidade técnica, as exigências vertidas na cláusula 6.ª, n.º 1, al. a), do programa do procedimento relativas à experiência curricular das empresas candidatas, e na cláusula 6.ª, n.º 1, als. b), c), d), e e), reportadas aos recursos humanos especializados a afetar à sua execução, que tinham por referência a prévia ou concomitante realização de obras de valores muito superiores ao da obra levada a concurso, não era garante de que essas mesmas obras tivessem implicado a concretização de trabalhos com a complexidade reclamada pelos responsáveis. Com efeito, essa certeza só seria obtida caso as exigências formuladas pela entidade adjudicante nessa matéria tivessem recaído na demonstração de experiência adquirida na consecução de obras com complexidade idêntica à daquela que aqui se trata.

Por outro lado, os responsáveis insistem, ainda no tocante aos requisitos de capacidade técnica definidos para o diretor de obra, ao técnico superior de segurança e saúde no trabalho, e ao encarregado geral, que a exigência de posse de residência na Região Autónoma de Madeira se justifica uma vez que *“(…) é indubitável, que uma obra desta natureza não pode ser gerida à distância, mas sim in loco”*. Asserção com a qual não podíamos estar mais de acordo.

Mas a questão que aqui se coloca é outra. Com efeito, essa exigência, por si só, não é suficiente para evitar que esses técnicos não possam também estar afetos a outra obra, em território continental ou até noutro País, e, logo, com menor disponibilidade do que a certamente desejada pelo SESARAM,



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

E.P.E.. Ao invés, esta situação poderia ser acautelada, se, designadamente, se tivesse definido no caderno de encargos, como aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência, uma afetação temporal à obra de cada um desses técnicos a que os candidatos se teriam de vincular na sua proposta.

Razão pela qual se mantêm as conclusões vertidas na Decisão de que a determinação dos requisitos mínimos de capacidade técnica, *in casu*, configurou uma verdadeira imposição restritiva aos princípios contratuais vigentes que não encontra sustentação legal nem revela nexos causal à empreitada adjudicada.

Especificamente sobre as retificações das peças do procedimento sem a subsequente prorrogação do prazo para apresentação das candidaturas, e no que se mostra pertinente, os responsáveis alegam que *“o Douto Relato quanto a esta matéria apenas releva a eliminação da alínea h)”* do n.º 1 da cláusula 6.ª do programa do procedimento, reporta a um requisito mínimo e obrigatório de capacidade técnica dos candidatos [e da cláusula 8.ª, n.º 1, al. d), que se reportava à apresentação do documento que comprovasse a titularidade desse requisito], *“e não a reformulação das restantes, o que”*, reclamam, *“faz precluir o argumento expendido (...) de que se trata de uma alteração dita substancial para efeitos de prorrogação do prazo, sempre que se verse sobre condições de acesso ao procedimento (quando se trate da sua alteração ou da sua extensão)”*.

Ora, não obstante se concorde que *“o CCP não concretiza a que corresponde uma alteração substancial das peças do procedimento, verdadeiro conceito indeterminado”*, e que tal *“representa para o órgão competente para a decisão de contratar um risco acrescido na interpretação daquele conceito repleto de elevada subjetividade e que se insere na esfera do poder discricionário da entidade adjudicante”*, não pode o Tribunal subscrever toda e qualquer interpretação que desse conceito, ou de outros do mesmo tipo, seja feita, como no caso vertente, em que se entendeu que *“será uma alteração substancial, tudo o que vier imputar aos interessados maiores encargos/dificuldades/constrangimentos na elaboração da respetiva proposta/candidatura e que, por esse motivo, deverá ter como consequência direta e imediata a prorrogação do prazo, de modo a que lhes seja possível a adaptação àquelas alterações, para reorganização perante a surpresa”*, e que essa é *“a ratio legis que presidiu à opção do legislador”*, na medida em que tal convicção se mostra curta para dar plena concretização à norma em análise.

Tanto assim é que a opção do Tribunal em não sindicar a reformulação das demais alíneas teve em devida conta a sua repercussão na elaboração das candidaturas e propostas dos interessados, na medida em que permaneceram idênticas as exigências inicialmente feitas, tendo apenas a entidade adjudicante deixado a sua demonstração para um momento futuro ou a cargo de uma entidade subcontratada – ou seja, as condições de acesso ao procedimento mantiveram-se na sua substância.

Já a devida divulgação da eliminação da alínea controvertida, a par da concessão de um prazo mais alargado para apresentação de candidaturas, conforme mandam os n.ºs 2 e 4 do art.º 64.º do CCP, permitiria, em abstrato, que um leque mais abrangente de entidades se mostrasse apto a apresentar candidatura, no que se mostra, por isso, numa alteração verdadeiramente substancial de aspetos fundamentais das peças do procedimento e que versava sobre um aspeto relativo às condições de acesso ao mesmo, sendo, por essa razão, censurável a opção de não prorrogar o aludido prazo.

Por fim, estes contraditados quiseram vincar que *“as questões controvertidas”* se encontram *“na esfera de conceitos claramente indeterminados”* e que a sua atuação foi *“claramente dificultada, sendo que atuaram de boa-fé”*, sem *“culpa, nem mesmo a título de negligência”*, com a certeza de que salvaguardavam o interesse público, sem nunca pretenderem prejudicar *“quem quer que fosse e muito menos ainda violar qualquer disposição legal ou princípio da contratação pública”*.

Entrando naquela que designou como *questão de fundo*, Hugo Calaboiça Amaro sublinhou, e bem, que *“(…) a imputação de responsabilidade financeira exige pressupostos e requisitos legais que têm, necessariamente, de estar verificados”* pois *“[n]a verdade, não se trata de um tipo de responsabilidade objetiva, que possa ser imputada pela mera constatação de ilegalidade em qualquer actuação”*

administrativa, mas sim uma responsabilidade de tipo punitivo ou sancionatório que exige, sempre e necessariamente, uma imputação de tipo subjectivo”. “Ou seja, a responsabilidade financeira, quer reintegratória, quer sancionatória, pressupõe, sempre e necessariamente, um juízo de culpa”.

Seguindo esse raciocínio, aponta que o relato não contém nenhuma apreciação quanto à imputação subjetiva das infrações evidenciadas, o que também fazem os restantes responsáveis quando referem que *“o Relato não aborda, em momento algum, o preenchimento”* do pressuposto culpa.

Aqui cumpre precisar e reforçar que o relato é objeto de contraditório pelos responsáveis em observância do art.º 13.º da LOPTC, e que é no anteprojeto de relatório que, para além dos aspetos incluídos no relato, serão formuladas as conclusões em face das alegações dos responsáveis (vide o n.º 4 do art.º 13.º da LOPTC), as quais tomarão em linha de conta o grau de culpa dos mesmos, na medida em que essa audição auxilia e consubstancia essa graduação, ou seja, a auscultação dos responsáveis é prévia à formulação, pelo Tribunal, de juízos públicos de simples apreciação, censura ou condenação, termos em que esta não deve ocorrer em sede de relato.

Noutro momento acresce que *“o Tribunal de Contas, em sede de visto prévio, acabou por tomar em alguma consideração as justificações apresentadas pelos visados”* e *“que agora, no Relato”* vem *“dar o dito por não dito o que, naturalmente, não pode deixar de causar insegurança nos visados e nos serviços de Administração junto dos quais o Tribunal de Contas opera”.*

Acontece que a pronúncia dos responsáveis no âmbito da presente auditoria vai ao encontro de um objetivo distinto do definido para a fiscalização prévia, dado que neste tipo de controlo o Tribunal pode solicitar esclarecimentos ao serviço que remeteu o processo a visto a fim de assegurar a completa análise e concluir pela sua legalidade (ou não), enquanto a auditoria em curso compele o Tribunal a ouvir todos os putativos responsáveis (incluindo aqueles que responderam em nome do serviço em sede de verificação preliminar do processo de visto) – que podem optar pela faculdade de não se pronunciar – sobre o que subjazeu à sua atuação e assim a se defenderem de modo pessoal, individual, e não institucional.

No mais, Hugo Calaboiça Amaro reitera os argumentos já apresentados pelo SESARAM, E.P.E., em sede de fiscalização prévia do processo de visto, aditando apenas que *“(…) nunca estarão reunidos os requisitos da responsabilização financeira, seja reintegratória, seja sancionatória, para a qual se exige culpa, que, manifestamente, não ocorre”*. *“É, pois, inevitável concluir (...) que os visados, com a sua actuação não incorreram na prática das infracções financeiras geradoras de responsabilidade reintegratória e sancionatória previstas nos artigos 59.º, n.ºs 1 e 4 e 65.º, n.º 1, alínea b) da LOPTC”*, o que não deixa de ser verdade no que toca à responsabilidade financeira reintegratória, que, em momento algum, foi imputada no âmbito da presente auditoria.

Põe ainda a tónica no facto de *“o juízo de imputação subjetiva de culpa”* poder *“revestir a forma de dolo ou de negligência”*, o que sublinha não ter sucedido pois, na sua perspetiva, os demandados não violaram, com a sua conduta, nenhum dever objetivo de cuidado que sobre eles impendesse.

Lembra, ainda, que *“não tinha a seu cargo (pelouro) as matérias contratuais e financeiras aqui em causa, sendo o Presidente que liderava esses assuntos, fazendo-se fé nas informações dos serviços e do júri, avalisados pelos membros do Conselho de Administração que tinha as respectivas matérias sob a sua responsabilidade”*.

Neste ponto convém deixar claro que quando o legislador ordena que as decisões sejam tomadas por órgãos colegiais (revestindo, assim, a forma de deliberações) o que se pretende, ao contrário do que é defendido, é que haja um verdadeiro empenho por parte das pessoas que os compõem no processo de tomada de decisão, isto porque, tratando-se, em regra, de matérias que exigem maiores cautelas, deverão ter como primeiro filtro, ainda no âmbito do órgão, esses mesmos elementos, através da externalização da vontade esclarecida de cada um deles.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Defender a posição expendida pelo contraditado seria concluir que, apesar de tomadas colegialmente, afinal as decisões apenas obrigariam e responsabilizariam um dos intervenientes naquele processo (de decisão), sendo os restantes membros do órgão meros partícipes formais da deliberação.

E não é o que sobre esta matéria defendem Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim³⁴, quando a propósito da Secção II do CPA sustêm que:

“Os órgãos colegiais são compostos por uma pluralidade de titulares ou membros (...) formando-se a vontade do órgão (da pessoa coletiva) da confluência da vontade individual, paritária ou não, das diversas pessoas que o compõem.

(...) Em confronto com o que se passa nos órgãos colegiais, nos órgãos singulares, a competência legalmente conferida é exercida por (vontade de) um único titular. As duas espécies de órgãos correspondem a concepções ou opções diversas de política administrativa, implicando o princípio colegial uma diminuição das exigências de eficiência e rapidez na atuação das autoridades administrativas em favor dos valores do debate e da discussão entre pessoas, juízos e interesses diversos, para a determinação do conteúdo e sentido dos respetivos atos.

*(...) quanto ao modo de formação da vontade, também há colégios em que a vontade orgânica não se forma por **maioria**, mas por **consenso**, estando normalmente um dos «pares» em posição de proeminência em relação aos outros, cuja decisão orienta e consagra. Como acontece, por exemplo, com o Conselho de Ministros” (e, dizemos nós, também com os Conselhos de Administração).*

E continuam:

*“A colegialidade tem implicações ou **corolários jurídicos** vários, que é importante destacar, pois que não aparecem afirmados diretamente na lei, embora a doutrina e a jurisprudência as considerem imanentes ao princípio colegial.*

O primeiro é que só há «vontade» orgânica quando haja vontade colegial subjacente: a vontade (pretensamente) imputada por qualquer um dos seus membros ao órgão colegial – incluindo aquele que o representa – só tem essa qualidade se tiver sido tomada colegialmente. Caso contrário, não existe «vontade» do órgão e, portanto não existe ato – ou é nulo(...).

*Por outro lado, não se manifesta apenas na pluralidade de vontades, mas no próprio **funcionamento do órgão**: as deliberações são apreciadas e tomadas **conjunta e presencialmente** pelos membros do órgão colegial (...).*

É evidente também que a vontade colegial vincula os diversos membros do órgão, mesmo daqueles que votarem contra ou estiverem ausentes: todos devem atuar em conformidade com a deliberação colegial, mesmo se no plano da responsabilidade civil (disciplinar ou penal), ela não obrigue os que a tiverem votado desfavoravelmente – melhor, que hajam feito declaração de voto vencido”.

De tal modo que o n.º do art.º 28.º do CPA prevê expressamente que “[a]queles que ficarem vencidos na deliberação tomada e fizeram registo da respetiva declaração de voto na ata ficam isentos da responsabilidade que daquela eventualmente resulte”. Mas porque das atas das reuniões do CA ora em apreciação não consta qualquer referência a votos vencidos, conclui-se no sentido de que as deliberações nelas tomadas vinculam e responsabilizam todos os seus membros presentes.

Os contraditados que se pronunciaram em conjunto, sobre os “*pressupostos da responsabilidade sancionatória*”, em consonância com as suas alegações precedentes, concluem pela inexistência da “*violação do disposto na alínea l), do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, termos em que, desde logo, não se encontra preenchido o requisito básico do tipo de responsabilidade que se pretende imputar*”.

³⁴ In *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª edição, atualizada, revista e aumentada, Livraria Almedina, Coimbra – 1997, pág. 144 e ss.

Por outro lado, referem que, *“tal como decorre claramente do artigo 61.º, n.º 5, e 67.º, n.º 3, da LOPTC, a «culpa constitui um dos requisitos essenciais da responsabilização do agente». Ou seja, a culpa é um dos requisitos da conduta irregular, do qual depende a circunstância de poder afirmar-se estarmos perante uma infração financeira”*. Ou seja, *“a análise da culpa do agente é fundamental para a imputação dos factos e respetivas consequências de punibilidade”*.

Deste modo, e em sua defesa, sustentam ter pautado *“a sua conduta dentro de regras de boa-fé e da mesma não resultou qualquer lesão, intencional ou outra, à utilização de valores públicos, não estando em causa a alteração do resultado financeiro do contrato, nem a lesão de quaisquer direitos ou interesses legalmente protegidos”, sendo que “[a] atuação adotada foi resultado de uma convicção que os procedimentos questionados não envolveriam qualquer incumprimento da lei ou dos princípios da contratação pública”*.

Continuam solicitando que, caso *“assim não se entenda”*, o Tribunal, ponderando o circunstancialismo descrito, *“conjugado pelo facto de ser a primeira vez de os responsáveis serem chamados à atenção pela prática das infrações apontadas, e não existir anteriormente recomendação nos domínios em questão”* conclua que estamos perante *“um quadro apropriado à relevação da responsabilidade financeira sancionatória, tal como resulta das als. a) a c) do n.º 8 do art.º 65.º da LOPTC”*, pois, *“[d]e facto: [o]s agentes não atuaram com qualquer grau de culpa, seja a que título for;[n]unca tinha havido qualquer recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno sobre a matéria; [n]unca os agentes foram censurados pelo Tribunal de Contas ou por qualquer órgão de controlo interno sobre as questões sub judice”*.

Sopesados os argumentos trazidos à apreciação deste Tribunal, aliados aos factos apurados, e não obstante se mantenham as conclusões plasmadas no relato acerca das ilegalidades descritas, fica evidenciado que estas não terão sido praticadas pelos responsáveis identificados no ponto 3.4 de forma intencional, mas meramente negligente, uma vez que o incumprimento das normas legais aplicáveis nas áreas assinaladas não terá sido intencional, havendo antes resultado da convicção de que a atuação adotada no âmbito do procedimento de formação do contrato não envolveria qualquer incumprimento das apontadas disposições normativas. De qualquer modo, o facto de o exercício das funções cometidas aos contraditados pressupor, em todos os casos, ainda que em planos de competência distintos, especiais deveres de cuidado, que passavam por um conhecimento consolidado do regime jurídico da contratação pública, não pode deixar de merecer reparo.

Termos em que se afigura estarem reunidos os pressupostos necessários à relevação da responsabilidade financeira sancionatória, ao abrigo das disposições invocadas das als. a) a c) do n.º 8 do art.º 65.º da LOPTC, na versão saída da Lei n.º 35/2007, atual n.º 9, em virtude das alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2015.



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:

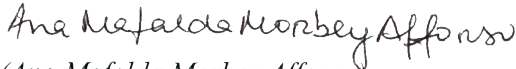
1. Aprovar o presente relatório de auditoria e as recomendações nele formuladas.
2. Relevar a responsabilidade financeira sancionatória imputável aos responsáveis pela factualidade enunciada no ponto 3.1, ao abrigo do disposto no art.º 65.º, n.º 8, alíneas a) a c), da LOPTC.
3. Ordenar que exemplares deste relatório sejam remetidos ao atual Secretário Regional da Saúde e ao Presidente do Conselho de Administração do SESARAM, bem como 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 pelo SESARAM, E.P.E., 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 Contas³⁵, aprovado pelo art.º 1.º do 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 SESARAM, E.P.E., 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.
8. Expressar ao SESARAM, E.P.E., o apreço do Tribunal pela celeridade na apresentação dos documentos solicitados e dos esclarecimentos prestados.

Aprovado em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, aos 10 dias de setembro de 2015.

A Juíza Conselheira,


(Laura Maria de Jesus Tavares da Silva)

A Assessora,


(Ana Mafalda Morbey Affonso)

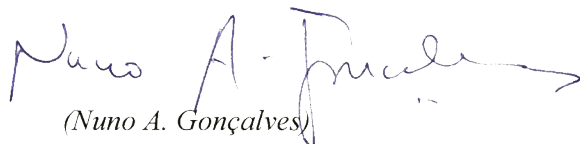
A Assessora, em substituição


(Alexandra Moura)

³⁵ 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 2015, está fixado em 343,28 €.

Auditoria de fiscalização prévia ao contrato da empreitada da obra de execução de edifício para instalação de sistema de tratamento por micro-ondas de resíduos no Hospital Dr. Nélio Mendonça

*Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,*


(Nuno A. Gonçalves)