



Acórdão nº 15 /04 – 17.FEV.04 – 1ªS/SS

Processo nº 3145 /03

O Instituto Portuário e de Transportes Marítimos celebrou com “Irmãos Cavaco, S.A.” um contrato para a realização da empreitada de “Concepção – Projecto e Construção do Cais Turístico-Fluvial de Caldas de Arêgos” pelo montante de 1.186.067,61 €, a que acresce o IVA.

No decurso do estudo do processo foi apurada a seguinte matéria relevante para a decisão:

- A. A adjudicação que originou o presente contrato foi antecedida de concurso público lançado de anúncio publicado no Diário da República, III Série, de 21/10/2002;
- B. No respectivo programa constava do nº 18 o seguinte:
“Serão excluídos os concorrentes que não apresentem experiência comprovada na concepção e projecto de obras do mesmo tipo e valor equivalente ou superior”.
- C. A mesma formulação encontra-se no nº 13 do já referido Anúncio.
- D. O preço base divulgado no anúncio e no nº 12 do programa foi o de 1.000.000€ (s/IVA).

1. Um dos problemas que se suscitou na análise do processo foi o da eventual não avaliação da capacidade económica e financeira por parte da respectiva Comissão, sendo certo, por outro lado, não constarem do programa quaisquer indicações que permitissem aferir de tal capacidade.



Tribunal de Contas

Invocou o Instituto, a propósito desta questão, que tal avaliação devia considerar-se feita pelo simples facto de os candidatos deterem certificado de empreiteiro de obras públicas, o qual pressupõe a existência de índices reveladores de capacidade económica e financeira.

2. Vejamos, ainda que de forma sumária, o que diz a lei sobre o assunto.

De acordo com o n.º 1 do art.º 98.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3, nos concursos de empreitadas de obras públicas, deve ser avaliada, além do mais, a capacidade económica e financeira dos concorrentes.

Nos termos do n.º 4 do art.º 67.º, do mesmo diploma, de entre os documentos de habilitação dos concorrentes, os indicados nas alíneas g) a j) do n.º 1 do referido artigo destinam-se justamente a possibilitar a avaliação da capacidade económica e financeira, para os efeitos do sobredito art.º 98.º.

É também sabido, por outro lado, que, ao tempo dos factos a apreciar neste processo, vigorava, em matéria de habilitação de empreiteiros de obras públicas, o Dec.-Lei n.º 61/99, de 2/3 (entretanto revogado e substituído pelo recente Dec.-Lei n.º 12/2004, de 9/1).

De acordo com tal diploma, o Instituto de Mercado de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI) atribuía o certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas (assim chamado em substituição da secular denominação de alvará, entretanto recuperada no já citado Dec.-Lei n.º 12/2004) o qual continha as autorizações, atribuídas a cada empreiteiro que o habilitavam à execução de obras públicas – cfr. artº 1º, al. j) e artº 2º, nº 4, entre outros.

3. A concessão e a manutenção de tais autorizações dependiam do preenchimento de requisitos de idoneidade, de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira (n.º 2 do art.º 5.º) sendo que esta (cfr. art.º 8.º) era demonstrada, em regra, através de:



Tribunal de Contas

- "a) Declarações abonatórias adequadas emitidas por entidades bancárias;
- b) Volume de negócios global e em obras executadas;
- c) Valores do capital próprio;
- d) Equilíbrio financeiro, tendo em conta, nomeadamente, o conjunto dos indicadores de liquidez geral, autonomia financeira e grau de cobertura do imobilizado."

Para o cálculo do equilíbrio financeiro, autorizava o n.º 4 do mesmo artigo a emissão de portaria ministerial que contivesse a definição e os valores de referência dos indicadores financeiros (actualmente Portaria n.º 1547/2002, de 24/12).

Nos termos do art.º 12.º do mesmo Dec-Lei n.º 61/99, o certificado era revalidado sempre que houvesse as condições mínimas previstas no art.º 11.º, comprovadas nos termos do art.º 31.º (cfr. art.º 29.º, n.º 2).

Quando se não verificassem as condições mínimas ou os capitais próprios fossem negativos – ou, em qualquer caso, de 5 em 5 anos – haveria obrigatoriamente lugar a uma reavaliação (cfr. art.ºs 13.º e 14.º) em que era também analisado o equilíbrio financeiro com base nos indicadores previstos na alínea d) do n.º 1 do art.º 8.º.

Convém frisar que os empreiteiros, ao abrigo do diploma a que nos vimos referindo, tinham de apresentar anualmente (cfr. art.º 31.º, n.º 1, 29.º, n.º 2 do Dec.-Lei n.º 61/99 e n.º 4 e Anexo V da Portaria n.º 412-H/99 de 4/6) documentos vários de que avultavam cópias autenticadas do balanço e da demonstração de resultado do último exercício, tal como tenham sido apresentadas para cumprimento das obrigações fiscais.

De acordo com o sistema legal que regulava a aquisição e manutenção da qualidade de empreiteiro de obras públicas, temos de concluir estarem, ao menos



Tribunal de Contas

teoricamente, garantidos os parâmetros mínimos de capacidade económica e financeira. (*)

Dir-se-á a propósito que o diploma que actualmente regula a matéria (Dec.-Lei nº 12/2004, como já vimos) não difere substancialmente, no que para aqui importa, do Dec.-Lei nº 61/99.

Continua a vigorar o princípio de que a concessão e manutenção de habilitações dependem também da capacidade económica e financeira (artº 7º) a avaliar nos termos do artº 10º (nele desaparece o indicador referente ao “grau de cobertura do imobilizado”). É criado um regime probatório (artº 13º) e são também estabelecidas condições mínimas de permanência, continuando a existir os mecanismos de revalidação e reavaliação (artºs 18º, 19º e 20º, respectivamente).

4. Voltemos agora ao diploma regulador das empreitadas de obras públicas e à forma como disciplina a avaliação da capacidade económica e financeira em sede de procedimentos adjudicatórios.

“A capacidade financeira, económica (...) dos concorrentes é avaliada em função dos elementos escolhidos pelo dono da obra e comprovados nos termos do disposto nos art.ºs 67.º e seguintes”, reza o artº 56º, à semelhança do disposto no nº 1 do artº 98º, que já citamos.

(*) Vem a talhe de foice referir, no entanto que o sistema de certificados mereceu do legislador do Dec-Lei nº 12/2004, de 9/1 a seguinte referência (cfr. preâmbulo):

“ As opções seguidas neste último diploma “(entenda-se, o Dec.-Lei nº 61/99) vieram a traduzir-se, em qualquer das vertentes básicas da qualificação – idoneidade, capacidade técnica e capacidade económica e financeira –, em medidas que não atingiram nem um grau satisfatório de cumprimento nem os objectivos que terão sido perspectivados pelo legislador. Podem apontar-se, ao nível da manutenção na actividade, nomeadamente, a preocupante situação actual em matéria de quadros técnicos e a completa ineficácia do sistema de indicadores económico-financeiros em sede de reavaliação, para lá da tardia implementação de acções inspectivas às empresas qualificadas.” (sublinhados nossos).



Tribunal de Contas

Por seu turno, o artº 66º, nº 1, al. a) do Dec.-Lei nº 59/99 estabelece que o programa especificará “as condições estabelecidas neste diploma para admissão dos concorrentes”.

De acordo com o disposto no n.º 4 do art.º 67.º do Dec-Lei n.º 59/99, são os seguintes os documentos destinados à avaliação da capacidade económica e financeira:

- "g) Documento emitido pelo Banco de Portugal, no mês em que o concurso tenha sido aberto ou no mês anterior, que mencione as responsabilidades da empresa no sistema financeiro e, se for o caso, documento equivalente emitido pelo banco central do Estado de que a empresa seja nacional ou na qual se situe o seu estabelecimento principal;
- h) Balanços ou extractos desses balanços sempre que a publicação dos balanços seja exigida pela legislação do Estado de que a empresa seja nacional ou no qual se situe o seu estabelecimento principal;
- i) Cópia autenticada da última declaração periódica de rendimentos para efeitos de IRS ou IRC, na qual se contenha o carimbo “recibo” e, se for o caso, documento equivalente apresentado, para efeitos fiscais, no Estado de que a empresa seja nacional ou no qual se situe o seu estabelecimento principal; se se tratar de início de actividade a empresa deve apresentar cópia autenticada, da respectiva declaração;
- j) Declaração sobre o volume de negócios global da empresa e o seu volume de negócios em obra nos três últimos exercícios, assinada pelo, representante legal da empresa;”.

Dispõe o nº 2 do artº 69º que o certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas constitui uma presunção de capacidade económica e financeira “apenas no que respeita aos elementos abrangidos pelos documentos indicados nas alíneas (...) h), j) (...) do nº 1 do artº 69º. Concretamente, com essa presunção,



os concorrentes detentores do certificado ficam dispensados da apresentação dos referidos documentos (n.º 1 do mesmo artigo).

Mas mantem-se em pleno a obrigatoriedade de apresentar o documento do Banco de Portugal (ou do banco central, para concorrentes de outros países) e a cópia autenticada da última declaração periódica de rendimentos para efeitos de IRS ou IRC (ou documento equivalente de outro país ou, ainda, declaração de início de actividade) – als. g) e i).

5. Em matéria de avaliação da capacidade económica e financeira vigora ainda a regulamentação em matéria de programas tipo. A Portaria n.º 104/2001 de 21 de Fevereiro, no n.º 19.3 (na redacção da Portaria n.º 1465/2002, de 14/11) estabelece textualmente o seguinte;

“19.3 — A fixação de critérios de avaliação da capacidade financeira e económica dos concorrentes para a execução da obra posta a concurso deverá ser feita com base no quadro de referência constante da portaria em vigor, publicada ao abrigo do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 61/99, de 2 de Março, não podendo ser excluído nenhum concorrente que apresente, cumulativamente e no mínimo, os valores do quartil inferior previstos na referida portaria, em qualquer das seguintes situações:

- a) Utilizando para o efeito a média aritmética simples dos três anos nela referenciados, a partir do balanço e da demonstração de resultados das respectivas declarações anuais de IRS ou IRC entregues para efeitos fiscais;
- b) Atendendo ao balanço e à demonstração de resultados da última declaração anual de IRS ou IRC entregue para efeitos fiscais.”



Refira-se ainda o que, na Directiva 93/37/CEE, estabelece o art.º 26.º:

"1. A prova da capacidade financeira e económica do empreiteiro pode ser feita, regra geral, por um ou vários dos elementos seguintes:

- a) Declarações bancárias adequadas;
- b) Apresentação dos balanços ou extractos desses balanços sempre que a publicação dos balanços seja exigida pela legislação do país onde o empreiteiro está estabelecido;
- c) Declaração sobre o volume de negócios global da empresa e o seu volume de negócios em obras nos três últimos exercícios.

2. As entidades adjudicantes devem especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas o ou os elementos escolhidos e os elementos de prova que pretendem para além dos referidos no n.º 1.

3. (...)"

Refere a este propósito, o "Guia das regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras" (Luxemburgo, 1997, pág. 50) que "compete às entidades adjudicantes estabelecer, não só o nível de capacidade exigido para participação num determinado contrato, mas igualmente os elementos de referência necessários", acrescentando que os elementos exigidos devem servir para comprovar a capacidade exigida em função da importância das obras a realizar.

6. Percorrido, embora de forma breve, todo o conjunto normativo relevante não pode deixar de notar-se uma certa contradição entre a dispensa dos documentos a que se referem as alíneas h) e j) do nº 1 do artº 67º (documentos nucleares, como já sabemos, para a avaliação da capacidade económica e financeira), dispensa



Tribunal de Contas

correlacionada com a presunção atribuída ao certificado, e a aparente obrigatoriedade de estabelecer parâmetros para tal avaliação com “esquecimento” da aludida presunção.

Esta contradição surge ainda aprofundada pela circunstância de não serem dispensados os documentos das alíneas g) e i) que, reportando-se embora à capacidade económica e financeira, não têm relevância para os cálculos a que alude o nº 19.3 do programa-tipo.

Ora, tendo em conta o sistema de atribuição de certificados, deve ter-se como assente que não é obrigatório, para os donos das obras, o estabelecimento, nos concursos, de específicos critérios de avaliação económica e financeira para efeitos de admissão dos concorrentes.

No entanto, o dono da obra (rectius, a respectiva Comissão) não pode deixar de tirar consequências do facto de ter necessariamente diante de si os documentos, sempre obrigatórios, das alíneas g) e i), já mencionados, pelo que não pode abdicar completamente de alguma avaliação.

Tais elementos devem ser ponderados em sede de avaliação dos concorrentes – até porque eventualmente mais recentes, em princípio, do que os tidos em consideração pelo IMOPPI na revalidação dos certificados – na medida em que sejam, por si sós, eventualmente reveladores de uma deterioração grave da situação económica e financeira da empresa (em deliberação fundamentada, obviamente).

7. Mas o dono da obra pode não querer prevalecer-se da presunção conferida pelo certificado, caso em que fará inscrever no programa algo que reproduza ou dê aplicação ao nº 19.3 do programa de concurso tipo e obrigará à apresentação da documentação pertinente.



Tribunal de Contas

E julgamos poder ocorrer ainda, embora em casos muito concretos de flagrante excepcionalidade (obviamente fundamentados), que o dono da obra, por virtude de muito peculiares características desta, nomeadamente a sua dimensão, queira – ao abrigo do nº 19.5 do programa-tipo e dos princípios e regras gerais sobre a matéria nomeadamente os dos art.ºs 56.º e 66.º, n.º 1, al. a) do Dec.-Lei nº 59/99) – estabelecer valores superiores aos estabelecidos e apresentar a sua própria grelha de exigências.

Ponto é que, quando o entendam necessário, o façam sem perder de vista que o estabelecimento de critérios com exigências infundamentadas violará, na letra e no espírito, a legislação em vigor, nomeadamente a comunitária, imbuída da maior preocupação em que se não estabeleçam entraves artificiais à concorrência.

Voltando agora à questão que nos ocupava pode então concluir-se que o não estabelecimento no programa de concurso de índices para avaliação da capacidade económica e financeira não viola a legislação em vigor e que a conformação, em sede de admissão de concorrentes, com os certificados exibidos por estes é igualmente aceitável do ponto de vista legal no pressuposto, obviamente, de que a Comissão não deixará de ter tido em conta os documentos a que se referem as já referidas alíneas h) e j) do nº 1 do artº 67º do Dec.-Lei nº 59/99.

8. Outro problema suscitado era relacionado com a capacidade técnica acerca da qual o programa cominava com a exclusão os concorrentes que não apresentassem “experiência comprovada na concepção e projecto de obras do mesmo tipo e valor equivalente ou superior”.

A propósito desta particular modalidade de capacidade técnica (a que se relaciona com a realização de obras de idêntica natureza da obra concursada) devemos ter presente que o nº 19.4 do programa-tipo permite uma exigência mínima: execução de apenas, uma obra de um valor a indicar mas que não poderá ser superior a 60% do valor estimado do contrato.



Tribunal de Contas

A referência a um valor substancialmente inferior ao valor estimado do contrato é, também aqui e como facilmente se alcança, determinada pela preocupação de facilitar a concorrência.

Quando se diz que o dono da obra terá de exigir a comprovação de que o empreiteiro realizou pelo menos uma obra, admite-se, obviamente, que se possam exigir, não apenas uma, mas 2 ou 4, por exemplo.

Mas já é duvidoso – e carece de adequada fundamentação para não se configurar como um puro e simples entrave à concorrência – que se possa exigir experiência comprovada, sobretudo se com isto se pretende aludir à execução de um número elevado de obras.

Mas a cominação do programa exigia ainda que tal experiência fosse em obras do mesmo tipo e valor equivalente ou superior, o que contraria o limite a que aludimos.

É certo que poderia dizer-se estarmos perante uma obra de especial complexidade técnica, (ou) especialização e (ou) dimensão que, nos termos do nº 19.5 do programa de concurso tipo, justificaria um agravamento dos requisitos, mas a verdade é que não há no processo qualquer fundamentação que dê substância a tal exigência.

E, pior do que isso, decorre do processo ter sido admitido um concorrente que alegadamente não comprovou sequer a execução de qualquer obra do mesmo valor do que fora estimado para o contrato.

Para justificar a sua não exclusão, a Comissão (cf. ofício nº 262/03-IPTM-DD), para além de invocar que não havia qualquer valor estimado no programa de concurso (argumento que se não percebe uma vez que consta do programa e do anúncio um preço-base de 1.000.000 €, valor que, obviamente, é aquele que o



Tribunal de Contas

dono da obra prevê gastar), vem argumentar que o nº 19.4 do programa-tipo não permite que se exija um valor superior a 60% daquele valor...

Ora, das duas uma: ou a obra, pela sua especial configuração, exigia que apenas fossem admitidos concorrentes com elevada e qualificada experiência e deviam ser excluídos os que a não possuísem ou a obra não era especialmente complexa e não faz sentido estabelecer restrições à concorrência (como afinal veio a considerar-se...).

A ilegal, excessiva e infundamentada exigência de experiência é susceptível de afastar potenciais concorrentes aos procedimentos concursais sendo que, eventualmente, poderiam apresentar propostas mais vantajosas do ponto de vista financeiro.

Ocorre, assim, uma circunstância que, nos termos da alínea c) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 2 de Agosto, é fundamento de recusa de visto.

Tendo em conta, no entanto, as circunstâncias do caso e que, apesar de tudo, se verificou a apresentação a concurso de um número elevado de concorrentes, vai o processo visado, nos termos do nº 4 do mesmo artigo, com a recomendação dirigida ao Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos de que deve observar rigorosamente quanto se acha prescrito no regime jurídico das empreitadas de obras públicas.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 17 de Fevereiro de 2004.



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros,

(Lídio de Magalhães)

(Ribeiro Gonçalves)

(Pinto Almeida)

O Procurador-Geral Adjunto