



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 02/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 12 de Janeiro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de “*reabilitação da antiga ponte sobre a ribeira do Porto Novo*”, outorgado, em 23 de Outubro de 2009, entre a RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A., e o consórcio “*Tecnovia Madeira/AFA/Soares da Costa*”, pelo preço de € 989 000,00, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) A celebração do contrato agora submetido a fiscalização prévia foi precedida de concurso público, sujeito ao regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
- b) O respectivo anúncio de abertura foi publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II Série, n.º 143, 6.º S, de 29 de Julho de 2008, no Diário da República, 2.ª Série, n.º 147, de 31 de Julho de 2008, e na edição de 29 de Julho de 2008 do Notícias da Manhã e do Jornal da Madeira.
- c) De acordo com ponto 21.1 do programa do concurso, foi adoptado o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, decomposto, por ordem decrescente de importância, nos factores “*Valia técnica da proposta – 0.60*”, “*Prazo – 0.20*” e “*Preço proposto para a execução da obra – 0.20*”.
- d) A RAMEDM introduziu no factor “*Prazo*” um subfactor designado por “*Garantia de cumprimento do prazo*”, ponderado com 0,30, para avaliar as garantias de cumprimento do prazo de entrega, por parte dos fornecedores das empresas concorrentes, dos seguintes materiais: “*Inertes – 5 valores; Massas betuminosas – 5 valores; Betões estruturais – 4 valores; Cimbres – 3 valores; Aço de construção – 3 valores*”.
- e) Para analisar e valorar as propostas naquele subfactor, os concorrentes tiveram que juntar declarações subscritas pelos respectivos fornecedores, a atestar que se comprometem a respeitar os prazos de entrega dos referidos materiais.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- f) A RAMEDM explicitou que o subfactor em questão “(...) *tem por finalidade garantir o integral cumprimento de preceitos que se entendem fundamentais na execução das obras públicas, uma vez que as dificuldades sentidas no âmbito do cumprimento de prazos das empreitadas são evidentes. Salienta-se que a Região Autónoma da Madeira é uma Região periférica, afastada dos centros nucleares de produção de matérias-primas, bem como de alguns equipamentos específicos, com a agravante da reconhecida dificuldade em adquirir no mercado Regional esses materiais e/ou equipamentos*”.
- g) Alegou ainda que “(...) *os documentos solicitados no subfactor em questão (...) visam aplicar o subcritério (...), que parece perfeitamente enquadrável no disposto no n.º 1 do artigo 105.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.*”
- h) No procedimento, o consórcio adjudicatário prestou a caução que era devida a 24 de Junho de 2009, mas o contrato só foi celebrado no dia 23 de Outubro de 2009, quando já haviam decorrido mais de quatro meses sobre aquela primeira data.
- i) A RAMEDM, quando confrontada com este atraso, invocou que “(...) *não foi possível que a assinatura do contrato se concretizasse dentro do prazo indicado naquele preceito, uma vez que houve dificuldade em reunir todas as condições necessárias à sua formalização, nomeadamente a entrega da documentação referente ao consórcio adjudicatário (...), não tendo o consórcio adjudicatário apresentado qualquer reclamação até à sua formalização, nem recusado a sua assinatura.*”

II - O Direito

A primeira questão jurídica que é suscitada pelos autos prende-se com o facto de os concorrentes terem sido obrigados a apresentar uma lista identificativa dos seus fornecedores de inertes, massas betuminosas, betões estruturais, cimbres e aço de construção, bem como declarações emitidas por esses fornecedores a assegurar o cumprimento dos prazos de entrega de tais materiais, com o fim de avaliar as propostas no subfactor “*Garantia de cumprimento do prazo*”.

No regime específico do concurso público disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, adianta-se, desde logo, que a lei não prevê que aspectos relacionados com a capacidade técnica, económica e financeira de terceiros estranhos ao procedimento possam ser objecto de valoração pelo dono da obra, quer em sede de qualificação dos concorrentes, quer muito menos em sede de análise das propostas (cfr. os artigos 98.º e 100.º).

Depois, e decisivamente, o enfoque certo desta questão tem por coordenada próxima uma das principais preocupações do legislador quando as entidades públicas abrem concursos, a



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

de que os factores e subfactores do critério de adjudicação fiquem previamente definidos e ordenados, sugerindo o artigo 105.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99, alguns factores que podem ser considerados na avaliação da proposta economicamente mais vantajosa, “*designadamente o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade, a valia técnica da proposta e a garantia*”.

Trata-se de um elenco legal de factores que não é taxativo, sendo de admitir que os donos de obra possam estabelecer outros, em função das circunstâncias do caso concreto, e de acordo com juízos de oportunidade e conveniência. Mas, independentemente da margem de discricionariedade conferida à entidade adjudicante, os factores e eventuais subfactores que irão determinar a escolha da proposta economicamente mais vantajosa devem conter-se nos limites objectivos ou intrínsecos do critério que se destinam a densificar.

Existem factores onde isso é claro e decorre por si, como é o caso do preço e do prazo, que são números e, portanto, os concorrentes sabem logo as suas ponderações relativas, havendo outros que, pelo menos em certos aspectos, necessitam de alguma concretização, mas sempre numa formulação em que os factores e subfactores do critério de adjudicação têm de estar relacionados com as propostas e não com a capacidade dos concorrentes ou de terceiros (cfr. o artigo 100.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 59/99).

Ora, o subfactor “*Garantia de cumprimento do prazo*”, definido com o intuito de ponderar a observância do prazo de execução da obra, de “*(...) assegurar uma garantia de cumprimento dos prazos de fornecimento de materiais e alguns equipamentos específicos que assumem um papel determinante na execução da empreitada*”, apela inequivocamente, não ao mérito intrínseco das propostas dos concorrentes, mas à aptidão ou capacidade dos seus fornecedores, nomeadamente no que concerne à prontidão para dar resposta, em tempo útil, às solicitações de entrega dos materiais, durante a execução da obra adjudicada no concurso.

Enunciado assim o fim último daquele subfactor, o cumprimento do prazo de execução da empreitada depende de recursos externos ao próprio co-contratante, com a inconveniência de não se esclarecer se a esse condicionalismo corresponde fundamento válido para desculpar o consórcio adjudicatário pelos atrasos que a obra possa vir a sofrer por eventuais demoras, imputáveis aos fornecedores, na entrega dos materiais.

Aqui, não há razões que justifiquem uma limitação do princípio da responsabilidade do consórcio pela regular e tempestiva execução da obra e pelos possíveis atrasos em resultado da não colocação atempada dos materiais necessários ao prosseguimento dos trabalhos. Aliás, sem esta dimensão não existe contrato de empreitada. Outra solução redundaria numa intolerável diluição da responsabilidade e, por conseguinte, em prejuízo do interesse público associado ao contrato.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

À luz do exposto, há-de concluir-se que o subfactor “*Garantia de cumprimento do prazo*”, porque moldado em função de elementos que respeitam aos fornecedores dos potenciais interessados no contrato, não pode servir directamente o critério de adjudicação, na medida em que se situa no plano da relação concorrente/fornecedor, e não no domínio estrito da avaliação do mérito ou conteúdo das propostas, de que cuida o n.º 1 do artigo 105.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

A mesma solução decorre do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que revogou o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, no âmbito do qual os factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação devem reflectir, ponderar e valorizar os aspectos vinculativos do caderno de encargos submetidos à concorrência, e não situações, qualidades, características ou outros elementos de facto ou dados que tenham a ver, directa ou indirectamente, com os concorrentes ou respectivos fornecedores (cfr. o artigo 75.º, n.ºs 1 e 2, daquele Código).

Deste modo, a RAMEDM, ao atribuir semelhante conteúdo significativo ao subfactor em causa, não respeitou os limites intrínsecos do critério de adjudicação previsto na norma do artigo 105.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Da matéria de facto acima exposta resulta ainda que, na situação vertente, foi violado o disposto no n.º 1 do artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, cujos termos preceituam que “*o contrato deverá ser celebrado no prazo de 30 dias contados da data da prestação da caução*”.

O mesmo art.º 115.º prevê, no n.º 5, que, “*se o dono da obra não promover a celebração do contrato dentro do prazo de 132 dias sobre a data da apresentação da proposta, ou no prazo estabelecido no n.º 1, poderá o adjudicatário recusar-se a outorgá-lo posteriormente, e terá direito a ser reembolsado pelo dono da obra, no prazo de 66 dias, dos encargos decorrentes da prestação da caução*”.

Em anotação ao citado art.º 115.º, Jorge Andrade da Silva, no seu “*Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*”, 7.ª edição anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 365, considera que “*o disposto neste artigo visa proteger o empreiteiro adjudicatário relativamente às consequências que lhe podem advir de uma desrazoável ou anormal demora na celebração do contrato. Com igual fim de protecção dos interesses dos empreiteiros, o art.º 104.º estabelece um limite temporal à validade das propostas, como no art.º 152.º se estabelece um prazo para a consignação dos trabalhos*”.

Mais refere aquele autor que, “*no concurso de empreitada de obras públicas, a celebração do contrato e a sua execução devem pautar-se, também e principalmente por parte do dono da obra, pelos princípios da seriedade, boa fé, justiça e moralidade. A adjudicação da*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

empreitada confere ao concorrente preferido a legítima expectativa da celebração do contrato nos termos legais, incluindo o prazo para isso fixado. Isso logicamente implica que, para a sua execução, programe a sua actividade empresarial com afectação de equipamento e mão-de-obra cuja ocupação pode, por isso, não se verificar. E até, pelo facto da adjudicação, poderá abster-se de se candidatar a outros concursos, o que tudo lhe pode implicar danos” – Ob. cit., pág. 367.

Neste ponto, persiste a ilegalidade emergente da inobservância do prazo consagrado no n.º 1 do artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 59/99, sem que nada no processo autoriza que se conclua que a RAMEDM, S.A., incorreu, por culpa própria, na obrigação de indemnizar o adjudicatário nos termos legalmente admitidos.

Em sede de fiscalização prévia, as ilegalidades decorrentes da inobservância da norma constante do artigo 105.º, n.º 1, e do artigo 115.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, podem constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão normativa da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Para tanto, basta encarar o ponto 21.1 do programa do concurso como susceptível de restringir o universo dos candidatos, diminuindo a concorrência possível, e o retardamento da celebração do contrato (atraso superior a 4 meses) como capaz de influenciar o custo final da empreitada, tornando-a mais cara.

Anote-se, a propósito, que, para efeitos da aplicação da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, quando aí se diz “*ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro*”, pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade possa resultar a alteração do resultado financeiro do contrato.

Porém, não estando adquirida a ocorrência efectiva da alteração do resultado financeiro, face à mera susceptibilidade dessa alteração e à falta de elementos que indiciem a subjectivização do tratamento dado aos concorrentes envolvidos ou o favorecimento de um ou mais de entre eles, o Tribunal considera adequado fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores:

- 1) Conceder o visto** ao contrato em apreço.
- 2) Recomendar** à RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A., que, de futuro, cumpra:



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- a) O estatuído no art.º 75.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, relativamente ao factores e subfactores que podem densificar o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa.
- b) O prazo estabelecido pelo art.º 104.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, para a outorga do contrato.

São devidos emolumentos, no montante de € 989,00.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 12 de Janeiro de 2010.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

O ASSESSOR,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

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

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processo n.º 78/2009 – RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A..