



*ST
FMH
M*

DECISÃO N.º 1/FP/2012

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

I - OS FACTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

*F
M*

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

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

II - O DIREITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature/initials

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

AF
M

Citando Rodrigo Esteves de Oliveira², “ (...) o princípio da concorrência é atualmente a verdadeira trave-mestra da contratação pública (...) ”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por força do princípio da transparência, *“Os interessados devem (...) poder retirar do «mode-
lo de avaliação das propostas» as informações necessárias e úteis à conceção e apresenta-
ção da sua melhor proposta, ou seja, devem poder retirar dele os dados necessários para
conhecer o que é que as entidades adjudicantes irão tomar em consideração para apurar a
proposta mais competitiva, e em que medida ou em que peso”*⁴.

Ou como ensina Diogo Freitas do Amaral⁵, o princípio da transparência *“ (...) postula, em
síntese, que a Administração Pública (...) não lhes pode sonegar informação (...)”*.

E como refere Maria Teresa de Melo Ribeiro⁶, este princípio surge como *“ (...) forma de
garantir, preventivamente, a imparcialidade da atuação da Administração”*.

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

O princípio da imparcialidade veda à entidade que lança o concurso situações objetivas que
possam pôr em causa a sua isenção relativamente a qualquer dos concorrentes e *“ (...)
impõe ainda, e de um modo especial, o dever por parte da Administração Pública de ponde-
rar todos os interesses públicos e os interesses privados equacionáveis para o efeito de cer-
ta decisão antes da sua adoção”*⁸.

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

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

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

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

⁴ Vide Rodrigo Esteves de Oliveira, *in* obra citada, página 101.

⁵ *In Curso de Direito Administrativo*, volume II, Almedina, 2003, página 584.

⁶ *In O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, p. 191.

⁷ Vide Rodrigo Esteves de Oliveira, *in* obra citada, página 92.

⁸ Vide Diogo Freitas do Amaral, *in* obra citada, página, 580.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III – DECISÃO

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

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

São devidos emolumentos no montante de 461,00€.

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

O JUIZ CONSELHEIRO

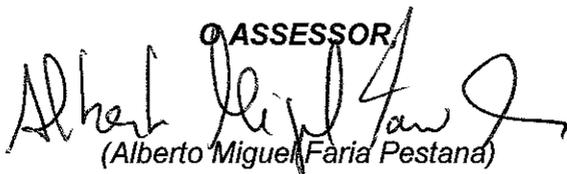


(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,

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

O ASSESSOR,



(Alberto Miguel Faria Pestana)

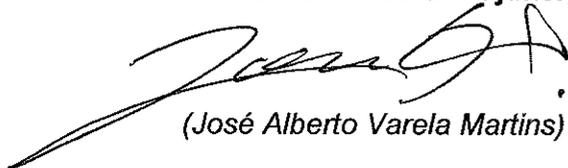


Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature or initials in the top right corner.

Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,


(José Alberto Varela Martins)