



DECISÃO N.º 4/FP/2015

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 11 de dezembro de 2015, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de construção do Caminho Agrícola do Colmeal – Curral das Freiras, celebrado, em 22 de setembro último, entre o Município de Câmara de Lobos e a empresa *José Avelino Pinto – Construção e Engenharia, S.A.*, pelo preço de 1 019 820,34€ (s/IVA).

I - OS FACTOS

Com interesse para a decisão a proferir sobressai do processo em apreço a seguinte matéria de facto:

- a) Em 22 de outubro de 2015 deu entrada nesta Secção Regional, para efeito de submissão a fiscalização prévia, o contrato da empreitada de construção do Caminho Agrícola do Colmeal – Curral das Freiras, firmado, em 22 de setembro passado, entre o Município de Câmara de Lobos e a empresa *José Avelino Pinto – Construção e Engenharia, S.A.*, pelo preço de 1 019 820,34€ (s/IVA).
- b) A contratação desta empreitada, sujeita ao regime do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹, assim como as respetivas peças procedimentais, foram autorizadas por deliberação da Câmara Municipal de Câmara de Lobos (CMCL) de 26 fevereiro de 2015, com respeito pelo proposto na informação interna n.º 659 do Serviço de Gestão de Equipamentos e Edifícios do dia 23 do mesmo mês.
- c) O procedimento adjudicatório adotado foi, na situação em apreço, o concurso limitado por prévia qualificação, publicitado por anúncio inserido no Diário da República, II Série, n.º 45, de 5 de março seguinte, tendo sido fixado como preço base o valor de 1 050 000,00€.
- d) A análise do correlativo processo permitiu aferir que o programa do concurso não identificava expressamente a autorização (ou autorizações) constante(s) do alvará de construção tida(s) por necessária(s) à execução dos trabalhos abrangidos pela empreitada.

Nesse sentido, veja-se o ponto 25. alínea j), daquela peça que exigia como um dos documentos de habilitação a apresentar pelo adjudicatário a “[d]eclaração de que é titular de alvará de construção emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações referidas no anúncio (ou, sendo o caso, declaração emitida pelo INCI, I.P., comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a executar)”, e o ponto 8 do referido anúncio, que se limitava a referir que “[o] adjudicatário deverá ser titular do Alvará ou os títulos de registo emitidos pelo INCI, I.P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar”.

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei 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 Decretos-Lei n.ºs 223/2009, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro (que o republicou), pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelos Decretos-Lei n.ºs 131/2010, de 14 de dezembro, 69/2011, de 15 de junho, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelos Decretos-Lei n.ºs 117-A/2012, de 14 de junho, 149/2012, de 12 de julho, e 214-G/2015, de 2 de outubro.

- e) Mais se aferiu que o ponto 23.1 da mesma peça definiu o critério de adjudicação como o do mais baixo preço, tendo os pontos 23.2 e 23.3 estabelecido, como primeiro critério de desempate, o da proposta que apresentasse o preço unitário mais baixo no artigo 3.1.3. do mapa de quantidades e, como segundo, "(...) a ordem cronológica de receção das propostas, beneficiando a que for apresentada primeiramente".
- f) Dentro do prazo fixado para o efeito apresentaram propostas os quatro candidatos identificados no quadro *infra*, conforme se extrai do relatório preliminar da fase de qualificação elaborado pelo júri em 6 de maio de 2015, tendo sido excluídos dois por não preencherem os requisitos mínimos e obrigatórios de capacidade técnica fixados pelo dono da obra:

CANDIDATOS	ADMITIDO	EXCLUÍDO
DOMINGOS DA SILVA TEIXEIRA, S.A.		X
JOSÉ AVELINO PINTO, CONSTRUÇÃO E ENGENHARIA, S.A.	X	
SOMAGUE ENGENHARIA, S.A.		X
CONSÓRCIO AFAVIAS - ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, S.A., E CONSTRUTORA DO TÂMEGA MADEIRA, S.A.	X	

- g) Analisadas e classificadas as propostas à luz do critério de adjudicação adotado ficaram as mesmas assim ordenadas, como se alcança do relatório preliminar da fase de apresentação de propostas datado de 30 de junho último:

Ordenação	Propostas	Concorrentes
1	1 019 820,34 Euros	JOSÉ AVELINO PINTO, CONSTRUÇÃO E ENGENHARIA, S.A.
2	1 045 000,00 Euros	CONSÓRCIO AFAVIAS - ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, S.A., E CONSTRUTORA DO TÂMEGA MADEIRA, S.A.

- h) Em face do resultado vertido no referido relatório, e na medida em que não foram registadas pronúncias pelos interessados em sede de audiência prévia, o executivo municipal, reunido a 22 de julho de 2015, e em conformidade com o proposto pelo júri no relatório final da fase de apresentação de propostas em 15 de julho p.p., deliberou adjudicar a obra vertente ao concorrente *José Avelino Pinto, Construção e Engenharia, S.A.*, pelo preço de 1 019 820,34€ (s/IVA), tendo o correlativo contrato sido assinado em 22 de setembro passado.
- i) No âmbito da verificação preliminar do processo foi o mesmo objeto de diligências instrutórias através do ofício ref.^a UAT I/289, de 10 de novembro de 2015, a que a CMCL deu resposta através do seu ofício n.º 6558, de 13 do corrente mês.
- j) Contudo, efetuado o exame dos elementos remetidos, verificou-se que o processo continuava a suscitar questões instrutórias e de legalidade que se pretendeu clarificar e/ou ultrapassar, mediante nova devolução àquela Câmara Municipal nos termos do Despacho n.º 16/FP/2015, de 19 de novembro, através do qual se determinava àquela entidade que, entre outras questões:
- ✓ Explicasse como reputava possível que o programa do concurso não tivesse identificado expressamente a autorização (ou autorizações) constante(s) do alvará



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

de construção tida(s) por necessária(s) à execução dos trabalhos abrangidos pela empreitada, quando a posse dessa informação constituía um aspeto determinante da formação da vontade de contratar dos destinatários do procedimento adjudicatório;

- ✓ Não configurando o procedimento de formação do contrato um concurso urgente indicasse o fundamento legal para o critério de desempate definido no ponto 23.3 do programa do procedimento não se reconduzir estritamente aos aspetos da proposta que foram submetidos à concorrência, no caso, o preço (cfr. o art.º 160.º, n.º 1, do CCP);
 - ✓ Enquadrasse legalmente a delegação, no júri do concurso, da competência para decidir sobre erros e omissões detetados no caderno de encargos, bem como para decidir sobre a prorrogação dos prazos para a apresentação das propostas, operada através da deliberação camarária de 26 de fevereiro de 2015, na qual foi aprovada a abertura do procedimento pré-contratual e as respetivas peças, quando, conforme vem sendo vincado pela jurisprudência do Tribunal de Contas, assim como pela doutrina administrativa mais representativa, tais competências devem ser necessariamente exercidas pelo órgão competente para a decisão de contratar.
- j) A resposta da Autarquia, subscrita pelo seu Presidente, foi remetida a coberto do ofício n.º 6751, de 24 de novembro p.p., onde dava conta, no tocante à primeira das questões suscitadas, que:

“(...) o Código dos Contratos Públicos (CCP) não permite que a entidade pública adjudicante exija dos concorrentes a apresentação de documentos de habilitação, incluindo alvarás, obrigação que impende apenas sobre o adjudicatário, por ocasião da notificação da decisão da adjudicação, e não sobre os concorrentes.

Contudo, na sequência da questão colocada, foi publicitado no convite a apresentação da proposta no ponto 3, sob a epígrafe «Documentos que deverão ser obrigatoriamente entregues com a proposta», na alínea f), «Declaração do concorrente que mencione os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás ou nos títulos de registo ou nas declarações emitidas pelo Instituto da Construção ou do Imobiliário, I.P., nos termos do disposto na alínea b) do artigo 12.º, para efeitos de verificação de conformidade desses preços com a classe daquelas habilitações (...).»

No entanto, note-se que, foi referido no procedimento em causa, que o adjudicatário deve apresentar os documentos que forem exigidos ao abrigo do disposto no artigo 81.º do CCP, conjugado com o disposto no artigo 7.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M de 14 de agosto, conforme estabelecido no ponto 25.º do programa de procedimento em apreço: «O adjudicatário deve entregar no prazo de dez (10) dias, a contar da data da decisão de adjudicação (...) alínea j) Declaração de que é titular de alvará de construção emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações contidas no anúncio (ou, sendo o caso, declaração emitida pelo INCI, I.P., comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a executar»”.

- k) Relativamente “(...) aos critérios de desempate, note-se que se trata de dois critérios hierarquizados, sendo que nos termos do n.º 23.2 do número 23.º do programa do procedimento estabelece que: «No caso de haver propostas com o mesmo preço unitário mais baixo no Artigo 3.1.3 do mapa de quantidades (...)». Disposição que só por si seria suficiente para cumprir a sua função: a de desempatar propostas que estivessem em

situação de empate face ao critério de adjudicação, «o do mais baixo preço» e que toma em consideração o conteúdo das propostas apresentadas e dos aspetos submetidos à concorrência no procedimento. O critério definido no ponto 23.3 do n.º 23.º apresenta-se sobretudo como um critério pragmático e objetivo, entendeu esta Autarquia ao abrigo do art.º 10.º do Código Civil (CC), recorrer a normas análogas existentes no sistema jurídico, e que incluindo este ponto estaria a prevenir uma possível situação de persistência de empate, uma vez que o próprio legislador assim o definiu no n.º 2 do artigo 160.º do CCP”.

- I)** Por fim, sobre o enquadramento legal da delegação, no júri do concurso, da competência para decidir sobre erros e omissões detetados no caderno de encargos, bem como para decidir sobre a prorrogação dos prazos para a apresentação das propostas, remete para o “(...) disposto no n.º 1, do artigo 109.º, do CCP «Todas as competências atribuídas pelo presente Código ao órgão competente para a decisão de contratar podem ser delegadas, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 2 do artigo 69.º».

Por outro lado, dispõe a parte final do n.º 2 do artigo 69.º do CCP, «... Cabe ainda ao júri exercer a competência que lhe seja delegada pelo órgão competente para a decisão de contratar ...». Porém, estas competências não foram exercidas pelo júri no procedimento em causa, não se pronunciou sobre erros e omissões detetados no caderno de encargos.

É oportuno, referir que, mesmo delegando essas competências no júri do procedimento é prática corrente desta Câmara Municipal, apesar de delegada, os erros e omissões são sempre submetidos ao órgão competente para a decisão de contratar a fim de serem aprovados, pelo que, o júri só intervém no âmbito das suas competências e em questões que não impliquem qualquer alteração às peças do procedimento”.

II - O DIREITO

Da matéria de facto exposta no ponto antecedente emergem três questões de legalidade com relevância para a presente decisão e que se reportam às exigências estabelecidas (ou à indefinição das mesmas) pela entidade adjudicante para efeitos de acesso ao procedimento pré-contratual, a um dos critérios de desempate adotados pela mesma entidade para efeitos de adjudicação, e à delegação indevida pela mesma entidade, no júri do concurso, de competências que são de âmbito exclusivo do órgão competente para a decisão de contratar.

Em concreto, o programa do concurso não identificou expressamente a autorização (ou autorizações) constante(s) do alvará de construção tida(s) por necessária(s) à execução dos trabalhos abrangidos pela empreitada, indicou como critério de desempate a ordem cronológica de receção das propostas beneficiando a que fosse apresentada primeiramente isto quando não estávamos perante um concurso público urgente, e o órgão executivo delegou no júri do procedimento as competências para decidir sobre erros e omissões detetados no caderno de encargos e sobre a prorrogação dos prazos para a apresentação das propostas, quando tal se encontra vedado pela lei.

Analisemos cada uma destas situações de *per si*:

- a)** Conforme já se deixou vincado, a CMCL, na qualidade de entidade adjudicante, não definiu, nas peças do procedimento que antecedeu a outorga do contrato submetido a fiscalização prévia, as exigências em matéria de habilitações técnicas que os empreiteiros interessados deveriam preencher para poderem ser admitidos a esse procedimento.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Tal omissão pôs em causa o disposto no art.º 164.º, n.º 1, al. f), conjugado com o art.º 81.º, n.º 2, do CCP.

Com efeito, demanda a al. f) do n.º 1 do art.º 164.º que “[o] programa do concurso limitado por prévia qualificação” indique “[o]s documentos de habilitação, directamente relacionados com o objecto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 81.º” ou seja, que “[i]ndependentemente do objecto do contrato a celebrar, o adjudicatário deve ainda apresentar os documentos de habilitação que o programa do procedimento exija (...)”, enquanto o n.º 2 do art.º 81.º do mesmo diploma preceitua que, “[n]o caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada (...) de obras públicas, o adjudicatário (...) deve também apresentar os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar ou, no caso de o contrato respeitar a um lote funcionalmente não autónomo, as habilitações adequadas e necessárias à execução dos trabalhos inerentes à totalidade dos lotes que constituem a obra”.

Em reforço desses comandos o art.º 31.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Decreto-Lei (DL) n.º 12/2004, de 9 de janeiro² - diploma que estabelecia o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção -, inserido no *Capítulo VI - Obrigações dos donos das obras, das entidades licenciadoras e de outros* e tem como epígrafe *Exigibilidade e verificação das habilitações*, determinava o seguinte:

- “1. Nos concursos de obras públicas (...) deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.
2. A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.
3. Os donos de obras públicas (...) devem assegurar que as obras sejam executadas por detentores de alvará ou título de registo contendo as habilitações correspondentes à natureza e ao valor dos trabalhos a realizar, nos termos do disposto nas portarias referidas nos n.ºs 4 e 5 do artigo 4.º e no n.º 5 do artigo 6.º”.

Normas cujo conteúdo o legislador procurou acautelar na Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que revogou o DL n.º 12/2004, e se encontra em vigor desde julho passado, designadamente nos seus art.ºs 8.º³ e 29.º, n.º 1⁴, para onde desde já se remete.

Dito de outro modo, a CMCL, a par de outros donos de obras públicas, encontrava-se compelida, por força dos citados n.ºs 1 e 3 do art.º 31.º do DL n.º 12/2004, a garantir que as empreitadas que lançasse seriam executadas por detentores de alvará ou título de registo contendo as habilitações correspondentes à natureza e ao valor dos trabalhos a

² Alterado pelos DL n.ºs 18/2008, de 29 de janeiro, 69/2011, de 15 de junho.

³ Que preceitua que “(...) nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar”.

⁴ Que impõe aos donos de obras públicas “(...) assegurar que as obras sejam executadas por empresas de construção devidamente habilitadas nos termos da presente lei (...)”.

realizar, ou seja, na parte que respeita às autorizações do alvará, a identificar a “*única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo*”, podendo exigir outras subcategorias nas classes correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar.

O que é o mesmo que dizer que a entidade adjudicante não pode deixar à consideração de cada concorrente as habilitações que o respetivo alvará deverá conter para poder aferir da sua capacidade para realizar uma obra pois isso equivaleria a subverter o sistema legal implementado para esse efeito e que se deixou acima destacado.

Assim, se é certo que “*(...) o (...) CCP não permite que a entidade pública adjudicante exija dos concorrentes a apresentação de documentos de habilitação, incluindo alvarás, obrigação que impende apenas sobre o adjudicatário, por ocasião da notificação da decisão da adjudicação, e não sobre os concorrentes*”, tal como alegou o Presidente da Edilidade, também é certo que o mesmo CCP não se basta com a mera exigência de “*(...) que o adjudicatário deve apresentar os documentos que forem exigidos ao abrigo do disposto no artigo 81.º do CCP, conjugado com o disposto no artigo 7.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M de 14 de agosto, conforme estabelecido no ponto 25.º do programa de procedimento em apreço: «O adjudicatário deve entregar no prazo de dez (10) dias, a contar da data da decisão de adjudicação (...) alínea j) Declaração de que é titular de alvará de construção emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações contidas no anúncio (ou, sendo o caso, declaração emitida pelo INCI, I.P., comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a executar»*”.

Nesse sentido, veja-se Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira⁵ que expressamente defendem que “*[n]o caso dos procedimentos das (...) empreitadas de obras públicas, a habilitação profissional ou técnica exigida aos concorrentes é da titularidade de alvarás ou de títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, IP, que demonstrem estarem eles⁶ aptos a realizar obras da categoria e classe daquelas que são objecto do procedimento*”.

Tem-se assim por relevante que a CMCL, enquanto entidade adjudicante, tinha a obrigação de especificar e publicitar, no programa do concurso limitado por prévia qualificação, a subcategoria, em classe que cobrisse o valor global da proposta, que os potenciais concorrentes deveriam possuir para poderem ser admitidos ao procedimento, para além das classes de outras subcategorias correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar, conforme subjaz aos art.ºs 164.º, n.º 1, al. f), 81.º, n.º 2, do CCP, e 31.º, n.ºs 1 e 3, do DL n.º 12/2004, e que a inobservância desses comandos legais inquina a validade desse procedimento determinando a anulabilidade do ato final de adjudicação, nos termos do art.º 163.º, n.º 1, do Novo Código do Procedimento Administrativo⁷, a qual se transmite ao contrato ao abrigo do n.º 2 do art.º 283.º do CCP.

- b)** No tocante ao segundo dos critérios de desempate adotado pela CMCL no âmbito do procedimento que presidiu à escolha da entidade cocontratante se ter reconduzido à ordem cronológica da apresentação a concurso das propostas cumpre notar que no quadro normativo traçado pelo CCP só o regime jurídico que disciplina o concurso público

⁵ *In Concursos Públicos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, pág. 482.

⁶ “*Individualmente, no caso de concorrentes isolados, e adicionalmente ou com os restantes membros, no caso de agrupamentos, nos termos das alíneas b) e c) do art. 84.º/1, ou com os empreiteiros a subcontratar no caso de subcontratação, nos termos do art. 81.º/3*”.

⁷ Aprovado pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

urgente contempla um critério de desempate para as propostas, o qual, com efeito, faz recair a adjudicação sobre a que tiver sido entregue mais cedo, como se retira do art.º 160.º, n.º 2.

Todavia, o recurso à referida modalidade procedimental depende da verificação cumulativa dos pressupostos enunciados no art.º 155.º, entre os quais se conta precisamente a urgência na celebração de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente para a entidade adjudicante e de valor inferior aos limiares aí indicados.

É certo que o critério de desempate ligado ao momento de entrega das propostas reveste um carácter inegavelmente pragmático e objetivo, tal como sustentado na resposta da CMCL, o que faria com que, numa abordagem mais imediatista, a sua adoção no âmbito do concurso público como critério determinante da adjudicação pudesse, à semelhança do que ocorre no domínio do concurso público urgente, ser encarada como um garante dos princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, tidos como estruturantes da contratação pública e legalmente consagrados no art.º 1.º, n.º 4, do CCP.

Porém, como assinala Margarida Olazabal Cabral⁸, não pode olvidar-se que, no caso dos procedimentos que visem a celebração de contratos abrangidos pela disciplina das Diretivas Comunitárias, mormente empreitadas e aquisição de serviços e concessões de obras públicas e de serviços públicos, os critérios de adjudicação têm necessariamente de reportar-se a atributos (aspetos ou elementos) das propostas.

Posto isto, e ressalvada a exceção legal acima assinalada do concurso público urgente em que a celeridade procedimental constitui um aspeto fulcral da sua caracterização, o processo adjudicatório há de assentar nos atributos (ou, de forma mais abrangente, no conteúdo) da proposta devendo o momento de apresentação desta no domínio específico do concurso público relevar apenas para efeitos da sua admissibilidade formal.

Embora este entendimento, que o Tribunal de Contas tem vindo a assumir na sua jurisprudência⁹, tenha sido delineado na perspetiva do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, não se vê, contudo, razão para o mesmo não ser igualmente válido para as situações em que o critério de adjudicação seja o do preço mais baixo e o valor total das propostas seja decomponível.

Com efeito, quando o preço total das propostas resultar da soma de vários preços parciais, será viável e estará em linha com os princípios da contratação pública atrás enunciados atender a tais preços decompostos para resolver uma situação de empate decorrente da ponderação daquele atributo, assegurando-se assim que o fundamento da escolha da entidade cocontratante ainda se reconduza ao conteúdo das propostas admitidas ao procedimento pré-contratual, tal como sucedeu com o primeiro dos critérios de desempate definidos no ponto 23.2 do programa do concurso limitado por prévia qualificação.

- c) No que concerne à última das questões apontadas e que se prende com a validade da delegação no júri do procedimento das competências para decidir sobre erros e omissões detetados no caderno de encargos e sobre a prorrogação dos prazos para a apresentação das propostas, cumpre chamar à colação o seguinte:

⁸ In "O concurso público no CCP", in *Estudos da Contratação Pública I*, pág. 25.

⁹ Vd. os Acórdãos n.ºs 1/2013, de 8 de janeiro - 1.ª S/SS, e 4/2013, de 15 de maio - 1.ª S/PL.

É um facto que, como alega a CMCL, o n.º 1 do art.º 109.º do CCP, dispõe que “[t]odas as competências atribuídas pelo presente Código ao órgão competente para a decisão de contratar podem ser delegadas, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 2 do artigo 69.º”, e que a parte final do n.º 2 do artigo 69.º do CCP determina que, “... Cabe ainda ao júri exercer a competência que lhe seja delegada pelo órgão competente para a decisão de contratar ...”.

As competências de que agora se cuidam, todavia, devem revestir-se de especiais cautelas na medida em que, por via delas, podem ser introduzidas alterações às peças do procedimento dadas a conhecer aos interessados, sendo reveladoras de uma modificação da vontade inicialmente externalizada pela entidade com competências próprias para a decisão de contratar num momento em que o júri ainda não se encontrava sequer em exercício de funções, o que só se verifica, de acordo com o n.º do art.º 68.º do CCP, no dia útil subsequente ao do envio do anúncio para publicação ou do convite.

Daí que o n.º 5 do art.º 61.º do CCP expressamente indique que a competência para pronúncia sobre os erros e omissões identificados pelos interessados caiba à entidade com competência para a decisão de contratar, e que o n.º 4 do art.º 64.º do mesmo Código faça idêntica exigência em matéria de prorrogação dos prazos para a apresentação de propostas.

Senda que Jorge Andrade da Silva¹⁰ implicitamente acolhe quando refere que “[a] actividade do júri é exclusivamente dirigida a preparar as decisões ou deliberações sobre os direitos dos concorrentes no procedimento. Em princípio, não pratica, portanto, actos administrativos com eficácia externa, mas tão somente actos preparatórios desses actos externos. Nem sequer os pode praticar no exercício de poderes delegados, pela simples razão de que, nos termos do n.º 2 (...)” do art.º 69.º “(...) esses poderes não são delegáveis”.

Também Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira¹¹ propugnam o entendimento, quanto ao funcionamento deste órgão *ad hoc*, de que “(...) garantida a existência de actas das suas reuniões, a forma ou procedimento da sua conduta ou actuação (...) é de cariz interno: o trabalho dos seus membros passa-se em «gabinete» (...)”.

“Por outro lado, as deliberações que aqui se vão tomando ao longo do processo de apreciação de propostas não têm, salvo casos contados, relevância externa, directa ou imediata, e não são sequer, portanto, comunicadas aos concorrentes¹²: idealmente, o júri do concurso nem se comunicaria com os concorrentes e o que for sendo decidido quanto ao método e modo de trabalho (...) não é objecto de nenhuma reclamação ou recursos hierárquico, mesmo que chegue ao conhecimento dos concorrentes.

Não há aqui, portanto, em regra, actos administrativos, externalidade jurídica da conduta (...).

O resultado do trabalho (...) manifesta-se num **relatório descritivo, valorativo e comparativo** das propostas admitidas (que também não é um acto administrativo) para ser remetido e submetido à apreciação da entidade adjudicante”.

¹⁰ In Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado, 2.ª edição – 2009, Almedina, pág. 248.

¹¹ In Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das Fontes às Garantias, 1998, Almedina, pág. 496.

¹² “Sem prejuízo, claro, do seu eventual reflexo na decisão final e da sua impugnação através desta”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

No caso *sub judice*, porém, não emanaram quaisquer consequências jurídicas do segundo dos critérios de desempate estipulados, que se consubstanciou na ordem cronológica da apresentação a concurso das propostas com benefício da que fosse apresentada primeiramente, mormente por não ter havido lugar à aplicação prática desse critério, nem tão pouco se verificou a necessidade de o júri exercer as competências delegadas em matéria de erros e omissões do caderno de encargos ou de prorrogação de prazos de apresentação de propostas.

Já a não inserção no programa do concurso da referência à subcategoria, em classe que cobrisse o valor global da proposta, que os interessados deveriam possuir para poderem ser admitidos, e às demais classes de outras subcategorias correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar, é suscetível de ter alterado o resultado financeiro do contrato na decorrência de uma eventual redução do universo de potenciais concorrentes porquanto a posse dessa informação constituía um aspeto determinante da formação da vontade de contratar dos destinatários do procedimento adjudicatório e, por inerência, da diminuição do número de propostas recebidas, limitando, previsivelmente, a escolha da Administração de outras propostas com condições porventura mais vantajosas do que a da empresa adjudicatária.

Não poderá, contudo, deixar de ser tido na devida conta, por um lado, que a única recomendação formulada por este Tribunal ao Município de Câmara de Lobos para correção da irregularidade incidente sobre a questão de legalidade aqui apontada sucedeu em momento posterior ao do lançamento do presente procedimento (veja-se a Decisão n.º 2/FP/2015, de 21 de outubro, enquanto o procedimento em causa foi autorizado por deliberação da CMCL de 22 de julho último), sendo então a primeira vez que os autores dessa falta foram censurados.

Por outro lado, não se pode dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato uma vez que a proposta sobre a qual recaiu a adjudicação era a que apresentava efetivamente o mais baixo preço sendo, por isso, a que comportava maiores vantagens financeiras para o contraente público de entre as duas propostas que foram qualificadas.

Termos em que se conclui que, não obstante estejamos perante uma ilegalidade decorrente da inobservância das normas ínsitas aos art.ºs 164.º, n.º 1, al. f), e 81.º, n.º 2, do CCP, e 31.º, n.ºs 1 e 3 do DL n.º 12/2004, tal constitui fundamento para a recusa do visto ao abrigo da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, alterada e republicada pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março, o que permite que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da mesma Lei, de conceder o visto e recomendar que, futuramente, o Serviço evite a prática censurada.

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 à CMCL que nos procedimentos pré-contrauais de natureza concorrencial que desencadear no futuro:

- a) Especifique e publicite nos respetivos programas a subcategoria, em classe que cubra o valor global da proposta, e as classes noutras subcategorias correspondentes ao valor dos restantes trabalhos a executar, que os potenciais interessados devem possuir para a eles poderem ser admitidos, com respeito pelo ordenado pelos art.ºs 164.º, n.º 1, al. f), e 81.º, n.º 2, do CCP, e 8.º e 29.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2015, na

medida que a posse dessa informação constitui uma aspeto determinante da formação da vontade de contratar dos destinatários do procedimento adjudicatório.

- b) Defina critérios de desempate que se reconduzam ao conteúdo das propostas utilizando, quando o critério de adjudicação adotado seja o do mais baixo preço e o valor das propostas resulte da soma de preços decompostos, algum ou alguns desses preços parciais para efeitos de desempate.
- c) Seja o órgão com competência para a decisão de contratar a exercer os poderes de aprovação das listas de erros e omissões do caderno de encargos e de prorrogação do prazo de entrega de propostas, em conformidade com o disposto no n.º 5 do art.º 61.º e do n.º 4 do art.º 64.º, ambos do CCP.

São devidos emolumentos, no montante de 1 019,82€.

Notifique-se o Senhor Presidente da Câmara Municipal de Câmara de Lobos e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet* e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 11 de dezembro de 2015.

A JUÍZA CONSELHEIRA

(Laura Tavares da Silva)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

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

(Nuno A. Gonçalves)