



ACÓRDÃO N° 9 /02 – Fev.5-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 67/2001

(Processo n° 1 089/01)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. A norma do artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março que dispõe que: *"1 - O dono da obra não pode adjudicar a empreitada: b) Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso"*, além de imperativa, tem natureza financeira;
2. O conceito indeterminado contido nesta norma – *"consideravelmente superior"* – deve ser preenchido com recurso a outros desvios permitidos ou tolerados pelo mesmo diploma legal, em especial o que se acha fixado no artº 45º, nº 1 para os designados "trabalhos a mais";
3. É consideravelmente superior a proposta que ultrapasse em mais de 25% o preço base do concurso ou o valor estimado do contrato;

Lisboa, 5 de Fevereiro de 2002.



ACÓRDÃO N.º 9 /02-Fev.5-1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 67/2001

(Processo n.º 1 089/01)

ACÓRDÃO

1. Em sessão de Subsecção da 1ª Secção de 21 de Agosto de 2001 foi aprovado o acórdão n.º 147/2001-21.Ago.1ªS/SS que recusou o visto ao contrato de empreitada para a **“Adaptação da Quinta da Gruta para a instalação de uma Horta Pedagógica e de uma Escola de Educação Ambiental – Parque Urbano do Castelo, Construção da Escola de Educação Ambiental”** celebrado entre a **Câmara Municipal da Maia** e a empresa **ECOP – Empresa de Construção e Obras Públicas – Arnaldo de Oliveira, S.A.**, pelo valor de **250 431 233\$00**, acrescido de IVA.

A recusa do visto, decidida ao abrigo da al. b) do n.º 3 do art.º 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, teve por fundamento a violação do art.º 107º, n.º 1, al. b) do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março porquanto, *“no concurso público que precedeu a adjudicação desta obra havia sido fixado, como preço base, o valor de 162.232.500\$00 (sem IVA) ”* tendo a adjudicação sido feita pelo montante de 250.431.233\$00 pelo que, *“o valor da adjudicação excede, em mais de 54%, o que havia sido indicado como preço base (...) pelo que, mesmo para o senso comum, não pode deixar de considerar-se como consideravelmente superior ao que fora anunciado”*.



Tribunal de Contas

2. Não se conformando com o decidido, o Senhor Presidente da Câmara da Maia recorreu do mencionado acórdão pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações (onde não formula conclusões) processadas de fls. 2 a 12 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, donde se transcrevem as partes tidas por mais significativas:

“... a interpretação do preceito em causa [artº 107º, nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março] deve-se realizar face ao contexto em que se insere:

Significa isto que, a designação preço base usada no artigo 107º, e que dá fundamento à recusa de visto desta obra, serve, única e exclusivamente, para aderir ao conceito do valor estimado.

O valor estimado que o Recorrente estabeleceu e que determinou qual o procedimento pré-contratual a adoptar.

Só que, no caso desta empreitada, já se havia optado pelo procedimento mais exigente, o concurso público.

Logo, a função do preço base, enquanto referência para a determinação do procedimento pré-contratual estava, já, perfeitamente atingida, com a salvaguarda plena dos direitos de intervenção dos interessados.

(...)

Ainda assim, o Recorrente entende que o valor estimado do contrato, espelha a importância vital para a execução da empreitada, no binómio preço/qualidade baseado na comparação das propostas apresentadas pelos concorrentes.

E não em abstractas comparações de valores diferentes.

Por isso, o Recorrente considera que o preceito do artigo 107º deve ser entendido com alguma elasticidade.

(...)



Tribunal de Contas

Todavia, a expressão consagrada naquele preceito [artigo 99º, n.o 1, do Decreto-lei n.o 405/93, de 10 de Dezembro] " salvo se o interesse público prosseguido o determinar" desapareceu com o novo diploma legal.

Mas, o interesse público não desapareceu, como não poderia deixar de ser, sendo inclusive um dos pilares fundamentais das Autarquias Locais.

(...)

Por isso, atendendo à natureza da empreitada a executar - Escola de Educação Ambiental!, o Recorrente perfilha a tese de que, o interesse público deve ser tido em linha de consideração, face ao pensamento legislativo que deu lugar à publicação do Decreto-lei nº 59/99.

Pois existe um elo de ligação entre o interesse público adjacente à construção daquela Escola e ao advento das novas políticas em relação ao Ambiente.

(...)

Tomando a Escola de Educação Ambiental única no País e na Península Ibérica.

Por isso, se atentarmos em cada uma das hipóteses que se desdobram nas alíneas do nº 1, do artigo 107, constatamos que, todos os casos identificados, visam a protecção do Recorrente contra gastos não justificados ou não úteis.

E, especialmente, no caso da alínea b), que visa proteger o Recorrente contra um pagamento que não tem, economicamente, contrapartida, em termos do que se recebe, pelo que se paga.

(...)

Por isso, a decisão de adjudicar e executar a empreitada tem de ser feita de acordo com a melhor decisão para a Administração (prosseguimento do interesse público), entenda-se melhor para a população

(...)

Apesar da adjudicação ter uma percentagem superior ao preço base (valor estimado para efeitos de concurso).



Tribunal de Contas

Todavia, o preço tornar-se consideravelmente superior à base, terá de ser entendido, também aqui, com alguma flexibilidade.

Tendo em conta o princípio da proporcionalidade que se retirará da execução desta empreitada,

Ou seja, a relação de custo/benefício que a construção da Escola de Educação Ambiental implementará no panorama do Concelho da Maia, ao nível do território Português e a nível internacional.

Já que, a construção da Escola Ambiental é única no País e na Península Ibérica”.

3. Admitido o recurso foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que emitiu douto e laborioso parecer no sentido da improcedência do recurso e da confirmação da recusa do visto.
4. Corridos os demais vistos legais cumpre apreciar e decidir.

4.1. Os Factos

Para a decisão do recurso relevam os seguintes factos que se dão como provados nos autos:

- Por anúncio publicado no Diário da República, III Série, de 3 de Fevereiro de 2000, a Câmara Municipal da Maia abriu concurso público para a realização da empreitada designada por “*Adaptação da Quinta da Gruta para a instalação de uma Horta Pedagógica e de uma Escola de Educação Ambiental – Parque Urbano do Castelo, Construção da Escola de Educação Ambiental*”;
- No nº 3 da alínea d) do referido anúncio fixou-se o preço base da empreitada em 162 232 500\$00, com exclusão do IVA;
- A este concurso foram admitidos quatro concorrentes cujas propostas variavam entre os valores de 250.431.233\$00 e 379.818.487\$00, acrescidos de IVA;



Tribunal de Contas

- A empreitada foi adjudicada pelo preço de **250 431 233\$00**, acrescido de IVA. à empresa **ECOP – Empresa de Construção e Obras Públicas – Arnaldo de Oliveira, S.A.**, por deliberação da Câmara de 31 de Agosto de 2000;
- O valor da adjudicação é 54,37% superior ao preço base do concurso;
- Ao contrato em causa, celebrado em 12 de Dezembro de 2000, foi recusado o visto por este Tribunal em 21 de Agosto de 2001.

4.2. Apreciando.

As questões suscitadas no recurso podem sintetizar-se nos seguintes termos:

- i) A designação preço base usada no artº 107º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, serve para aderir ao conceito de valor estimado do contrato com vista à determinação do procedimento pré-contratual a adoptar;
- ii) O preço base, ou valor estimado do contrato, assume importância vital na execução da empreitada no binómio preço/qualidade pelo que o artº 107º deve ser entendido com alguma flexibilidade e elasticidade;
- iii) E ainda de que o artº 107º, nº 1 visa a protecção do “Recorrente” contra gastos não justificados ou inúteis, pelo que não pode deixar de ter presente o interesse público da empreitada (que a em causa indubitavelmente tem) e a proporcionalidade entre o que se paga e o que se recebe (no caso, também, verificada).

*

Vejamos se lhe assiste razão.

Antes de mais importa tomar a devida nota de que o recorrente reconhece, implicitamente, a enorme desproporção (54,37%) entre o valor da adjudicação e o preço base do concurso (*Apesar da adjudicação ter uma percentagem superior ao preço base*, escreve ele no artº 46º do requerimento de interposição do recurso).



*

O primeiro argumento avançado pelo recorrente, pondo em similitude as figuras do “preço base do concurso” e “valor estimado do contrato”, utilizadas pelo Decreto-Lei n° 59/99, de 2 de Março (de agora em diante os artigos citados sem indicação do diploma, é a este que se referem), é a de que o preço base do concurso, mesmo quando referido no art° 107°, se destina à escolha do procedimento pré-contratual a adoptar.

Também tem relevância nesse domínio, mas não só.

Na verdade, ao longo do articulado do Decreto-Lei n° 59/99, de 2 de Março, com as alterações introduzidas pela Lei n° 163/99, de 14 de Setembro, que regula o regime jurídico das empreitadas de obras públicas e se aplica ao caso "sub judice", aparecem por várias vezes referenciadas duas figuras que se confundem na sua natureza: o "*valor estimado do contrato*" (art°s 48°, n°s 1,2 e 3, 122°, 129° e 136°) e o "*preço base do concurso*" art°s 48°, n° 3 al. a), 83°, n° 2 e 107°, n° 1 al. b)].

Para concluir pela identidade substancial dos dois conceitos basta atentar no n° 3, al. a) do art° 48° que diz que, nas empreitadas por preço global, o "valor estimado do contrato" é "o preço base do concurso".

E o Decreto-Lei dá a estes dois instrumentos grande relevância porquanto eles condicionam uma série de decisões a tomar pelo dono da obra.

O tipo de procedimento a seguir na escolha dos co-contratantes está dependente do valor estimado do contrato ou do preço base do concurso (art°s 48°, 122°, 129° e 136°).

A existência de preço base releva para a fixação do prazo de apresentação das propostas por parte dos concorrentes (art° 83°).

E o preço base é determinante no poder adjudicatório do dono da obra [art° 107°, n° 1 al. b)], pois fica legalmente impedido de adjudicar a empreitada se o preço de todas as propostas ou da mais conveniente for "*consideravelmente superior ao preço base do concurso*".



Tribunal de Contas

Mas o estabelecimento do preço base do concurso ou do valor estimado do contrato reveste-se ainda de grande importância em duas outras vertentes que, não resultando tão explícitas da lei como as anteriores, nem por isso são menos importantes.

A primeira prende-se com a gestão financeira do serviço dono da obra, onde a fixação, o mais rigorosa possível, de uma estimativa de custos da empreitada é indispensável a uma correcta execução orçamental que, passa pela avaliação da capacidade financeira do serviço para a realização da obra, deve evitar uma insuficiência de cabimento ou permite a adopção atempada de medidas que colmatem a falta de cobertura orçamental se esta se verificar.

A segunda, resulta da natureza jurídica do concurso público, designadamente na sua fase de abertura.

De acordo com a melhor doutrina o concurso público encerra uma dupla natureza jurídica: a de proposta contratual e a de convite a contratar. Por todos, Marcelo Rebelo de Sousa, in "O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo", escreve a páginas 45 que *"a abertura do concurso público representa simultaneamente uma proposta contratual e um convite a contratar"*. E logo adiante, depois de precisar que a abertura do concurso público compreende o anúncio, o programa do concurso e o caderno de encargos, volta a escrever: *"a abertura do concurso público contém duas realidades jurídicas autónomas, embora entre si ligadas."*

Uma é uma proposta contratual dirigida ao público (ou oferta ao público) abrangendo as regras processuais a que obedece o concurso público.

(..)

Simultaneamente com uma proposta contratual da espécie oferta ao público contém a abertura do concurso um convite a contratar concernente ao contrato administrativo final".



Tribunal de Contas

Assim sendo, necessário se torna que as condições e regras em que a administração (o dono da obra) se propõe contratar sejam dadas a conhecer àqueles a quem se dirige o convite para contratar, em nome e obediência aos princípios da transparência e da concorrência e em estreita ligação com o princípio da publicidade [Cfr. artºs 4º, nº 1 a), 8º e 10º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho].

Então, pelo que decorre do artº 107º, nº 1 al. b), que estipula que *"o dono da obra não pode adjudicar a empreitada: b) quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso"*, não só a fixação como a publicitação daquele preço base (ou do valor estimado do contrato) reveste-se de capital importância. É que, com este elemento, ficam os convidados, potenciais concorrentes, a saber que a proposta a apresentar se não pode afastar muito, em termos de preço, do valor ali fixado sob pena de, por imposição legal, não poder vir a ser adjudicada. O preço base é, então, um elemento condicionador da candidatura ao concurso, sob pena de tornar inútil a sua proposta caso esta só possa ser de valor consideravelmente superior àquele.

Portanto, a fixação do preço base do concurso (ou do valor estimado do contrato) tem também grande relevância externa e é determinante na formação da vontade dos eventuais concorrentes.

Como se acaba de demonstrar, o preço base releva para a tomada de decisões no âmbito do concurso, todas elas importantes e de natureza diversa. Uma é a de adjudicação ou não prevista no artº 107º.

*

Então, com que elasticidade ou flexibilidade deve ser interpretado o artº 107º, outro dos argumentos trazidos pelo recorrente?

Entende, a este propósito, que a interpretação do preceito deve fazer-se tendo em conta o contexto em que se insere e as circunstâncias que rodeiam a empreitada em



Tribunal de Contas

questão. Dito de outra forma, a aferição do “preço consideravelmente superior” deverá ser feita casuísticamente

Sobre esta questão escreveu o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto no seu douto parecer:

“... atendendo apenas à sua inserção sistemática, podemos dizer que o artigo 45º se dirige, no essencial, a acautelar preocupações de natureza pública e financeira do dono da obra e que o artigo 107º se insere numa série de normas cuja finalidade é acautelar princípios básicos que devem enformar os concursos públicos relativos às empreitadas de obras públicas e, designadamente, a sua fase adjudicatória.

(...)

Não podemos, porém, olvidar que todo o diploma pretende constituir um instrumento harmónico e um regime legal que tem em vista, como se diz no referido preâmbulo a melhor regulação do mercado de obras públicas, no sentido de tornar mais rigoroso e transparente todo o processo de concurso.

Assim, todas as normas do diploma em causa, mesmo as próprias normas relativas à definição dos contratos ou ao controlo de custos do dono da obra devem ser interpretadas na sua adequada complexidade e de acordo com aquele desígnio global e específico; um aumento de rigor e transparência.

Não podem, assim, colher interpretações que se queiram abstrair deste desígnio fundamental.

É neste sentido que teremos de compreender, como depois se desenvolverá, a própria interpretação que o Tribunal de Contas vem fazendo do nº 1, b) do artigo 107º do DL nº 59/99, de 2 de Março com recurso ao disposto no artigo 45º nº 1 do mesmo diploma.

Com efeito, se o interesse directamente subjacente ao artigo 45º nº 1 se pode relacionar com o controlo de custos e, por isso, nada parece ter a ver com as regras disciplinadoras e garantias do processo adjudicatório contidas na Secção



Tribunal de Contas

IX do Cap. III, do Título III, a verdade é que o artigo 107º pretende, também ele, ao fim e ao cabo, dotar a Administração de mais um meio preventivo dos seus interesses.

Ou seja, embora com âmbitos distintos, ambos os normativos procuram, numa perspectiva de maior rigor, acautelar o interesse público e, designadamente, o interesse do controlo financeiro da despesa”.

Subscrevemos por inteiro as considerações acabadas de transcrever, onde se demonstra a coerência da interpretação que este Tribunal tem vindo a fazer ao socorrer-se do artº 45º para preencher o conceito indeterminado de “preço consideravelmente superior” contido no artº 107º, nº 1, al. b).

Acrescentamos, no entanto, que o recurso aos limites impostos por outras normas do mesmo diploma legal, nada mais nada menos que o artº 45º que, para o caso dos “trabalhos a mais” fixa, dentro de condicionalismos legais apertados, o limite máximo permitido em 25% do valor do contrato inicial, tem ainda outra razão de ser. Se é certo que o conceito “*consideravelmente superior*” é indeterminado ele tem na sua raiz uma natureza quantitativa, pelo que só poderá ser preenchido com grandezas objectivadas ou objectiváveis. Então, para evitar subjectivismos e na procura de coerência e uniformidade do sistema jurídico, nada melhor do que procurar dentro do mesmo diploma legal a dita ordem de grandeza.

Assim sendo, sob pena de se aceitar uma discricionariedade que a lei não permite, a aferição daquele conceito não pode ser feita casuísticamente, como a recorrente pretende, mas dentro de critérios definidos, precisos e uniformes que, ao não terem sido fixados, terá o legislador pretendido deixar à jurisprudência (e se não pretendeu, na realidade deixou) a sua determinação. A seguir-se a tese da recorrente, como bem refere o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto no seu douto parecer, “*poderia levar, definitivamente, ao livre arbítrio, inviabilizando os objectivos da lei e pondo em crise todos os princípios porque se deve reger a contratação pública*”.



Tribunal de Contas

Portanto a flexibilidade ou elasticidade interpretativa do artº 107º são aquelas que o preenchimento do conceito indeterminado “preço consideravelmente superior” consentir e que este Tribunal vem, de forma reiterada e pacífica, fazendo nos termos antes descritos.

*

Por fim, a alegada defesa do interesse público.

O Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, no artº 99º, nº 1, ao regular a matéria agora prevista no artº 107º, nº 1, al. b), estipulava a mesma proibição, admitindo, porém, na parte final da própria al. b) uma ressalva – “*salvo se o interesse público prosseguido o determinar*”. Este interesse só poderia ser o interesse próprio do dono da obra.

Porém, como o recorrente reconhece, tal excepção foi omitida na actual norma, o que lhe conferiu um carácter mais restritivo. O que bem se compreende, já que, no dizer do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto em seu douto parecer “... *esta referência era, em si, contraditória, pois podia, como de facto acontecia, permitir interpretações que, em si mesmas, olvidavam aspectos essenciais desse interesse público (quase o assimilando apenas à ideia de estado de necessidade, mas ampliando esta última desmesuradamente), enquanto contrapunha este conceito à ideia do devido respeito da Administração pelo princípio da legalidade.* Em suma, basta a este respeito dizer que quem melhor prossegue, defende e acautela o interesse público é a lei e que a melhor forma de a Administração Pública igualmente o prosseguir, defender e acautelar é cumprindo rigorosamente a lei.

*

Pelo que acaba de se dizer, o desvio de 54,37% verificado entre o preço base publicitado e o valor da adjudicação, no seguimento da jurisprudência anterior e até no âmbito do próprio senso comum, tem de ter-se por consideravelmente



Tribunal de Contas

elevado, donde, atenta a imperatividade da norma do artº 107º, não consente a adjudicação em causa.

5. Assim, atenta a natureza eminentemente financeira do já várias vezes invocado artº 107º, bem andou o acórdão recorrido ao recusar o visto ao contrato em causa, aliás na pegada da jurisprudência uniforme deste Tribunal consagrada, por todos, no acórdão nº 18/01- Mar.27-1ªS/PL, lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 14/2001 e publicado no Diário da República, II série, de 21 de Abril de 2001.

Pelos fundamentos expostos acorda-se, em Plenário da 1ª Secção, em negar provimento ao recurso, confirmando na integra o acórdão recorrido e a recusa do visto ao contrato em questão.

São devidos emolumentos [n.º 1, al. b) do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio].

Diligências necessárias.

Lisboa, 5 de Fevereiro de 2002.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

(Cons. Marques Ferreira)



Tribunal de Contas

O Procurador-Geral Adjunto

(Dr. António Cluny)