



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 08/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 18 de Março de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da “*aquisição de serviços de restauração nas cozinhas/refeitórios da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação*”, outorgado, em 1 de Fevereiro de 2010, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação e Cultura, e a firma “*GERTAL - Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.*”, pelo preço de € 750 000,00, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Para efeitos da análise e da decisão a proferir no correlativo processo, importa ter presentes os seguintes factos:

- a) A fim de proceder à adjudicação do fornecimento objecto do contrato em referência, o Secretário Regional de Educação e Cultura por despacho que exarou, a 17 de Junho de 2009, no ofício n.º 815 da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação, autorizou, “*(...) ao abrigo do disposto no n.º 1 do art.º 36.º do CCP, conjugado com o disposto na alínea c) do art.º 20.º do DLR n.º 45/2008/M, de 31 de Dezembro, a realização da despesa inerente à aquisição de serviços de restauração nas cozinhas / refeitórios da DREER, pelo período de três anos, até ao montante máximo de € 750 000,00, incluindo o imposto sobre o valor acrescentado (...)*”, o início do procedimento pré-contratual de concurso público com publicidade internacional com vista à aquisição dos bens (...)” – destaque nosso.
- b) No âmbito do procedimento então desencadeado, não foi fixado preço base, consistindo o objecto do concurso na confecção de refeições e fornecimento de bens e serviços conexos nas cozinhas/refeitórios da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação, em conformidade com as especificações e quantidades indicadas no anexo II do caderno de encargos (cfr. os artigos 1.º do programa do procedimento e do caderno de encargos).
- c) Os interessados deviam ainda ter em conta que “*a adjudicação será efectuada segundo o critério do mais baixo preço*” (n.º 1 do artigo 6.º do programa do procedimento), e que o preço a considerar para efeitos de aplicação do critério resultaria do “*produto das quantidades anuais estimadas previstas no Anexo II ao Caderno de Encargos pelos preços unitários constantes da proposta*” (n.º 2 do mesmo artigo 6.º).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

d) A aplicação do critério de adjudicação determinou a seguinte ordenação das quatro propostas admitidas ao concurso:

1.^a Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A., com uma proposta de preço anual que ascende a € 252.064,80;

2.^a Uniself – Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, S.A., cujo valor anual se situa nos € 272.034,36;

3.^a Solnave – Restaurantes e Alimentação S.A., que apresenta uma proposta no montante de 273.152,16;

4.^a Solução – Comércio Retalhista e Similares de Hotelaria, Sociedade Unipessoal, Lda., com um montante de € 288.322,20.

e) Com a apresentação do relatório final do concurso, o Secretário Regional de Educação e Cultura despachou, no ofício n.º 2122, de 16 de Novembro de 2009, da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação, o seguinte:

- *Autorizar, ao abrigo do disposto no n.º 1 do art.º 36.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), conjugado com o disposto na alínea c) do art.º 20.º do DLR n.º 45/2008/M, de 31 de Dezembro, a realização da despesa inerente à aquisição de serviços de restauração nas cozinhas / refeitórios da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação, pelo período de três anos, até ao montante máximo de € 750 000,00, incluindo o imposto sobre o valor acrescentado (...).*
- *“Adjudicar, ao abrigo do disposto no n.º 1 do art.º 73.º e n.º 1 do art.º 36.º do CCP conjugado com a alínea c) do art.º 20.º do DLR n.º 45/2008/M, de 31 de Dezembro, a aquisição de serviços de restauração nas cozinhas / refeitórios da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação à proposta apresentada pela Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A. (...), com os preços unitários acrescidos do IVA à taxa legal em vigor.*

f) Nesta sequência foi celebrado o contrato pelo preço de € 750.000,00, **mais IVA**, o qual não coincide com o valor do compromisso assumido no acto de adjudicação (€ 750.000,00, **incluindo o IVA**), nem com o valor global previsto para os três anos de contrato na proposta da adjudicatária (**€ 756 194,40, sem IVA**).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- g) Esta facticidade levou a que, no âmbito da análise do processo, fosse solicitado ao Serviço que apontasse a base legal para o Secretário Regional ter adjudicado o fornecimento até o montante máximo de € 750 000,00, quando o valor da proposta da adjudicatária para os três anos de contrato ascendia a € 756 194,40, sem IVA.
- h) Em resposta, invocou-se que *“As estimativas, por excesso, tidas em consideração para início do procedimento pré-contratual basearam-se em quantidades servidas no ano civil de 2008 e, ainda, o 1.º trimestre de 2009. Sucede, porém, que entraram nessas estimativas a última quinzena de Julho e o mês de Agosto quando, na realidade, não há, nem haverá fornecimento de refeições. Além disso, com a abertura do ano escolar de 2009/2010 (dado este que não foi tido em conta nas estimativas), o número de alunos que frequentam os serviços e estabelecimentos de ensino e/ou educação da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação diminuiu significativamente. Revistas as estimativas para o ano de 2010 e seguintes, as quantidades a servir serão muito inferiores às inicialmente previstas. Pelo que, e, consequentemente, o encargo anual (incluindo o imposto sobre o valor acrescentado) não excederá os 190.000 euros, estando este dentro dos limites autorizados e cabimentados”*.

II - O Direito

Em face dos factos relatados, questiona-se a legalidade do acto do Secretário Regional de Educação e Cultura que adjudicou a aquisição dos serviços e bens a que se refere o objecto do presente contrato até o montante máximo de € 750 000,00, incluindo IVA, quando o valor da proposta da empresa co-contratante *Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.*, para os três anos de contrato, ascendia a € 756 194,40, sem IVA.

Antes de circunscrever a análise ao direito aplicável à questão concreta, importa referir que, quando a lei impõe o concurso público, exige igualmente um programa de procedimento, onde a entidade adjudicante define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua outorga, assim como um caderno de encargos, o qual contém as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais, a incluir no contrato a celebrar [cfr. os artigos 40.º, n.º 1, alínea b), 41.º e 42.º, todos do Código dos Contratos Públicos (CCP)].

Trata-se, em ambos os casos, de documentos essenciais a qualquer concurso público, e dos quais deverá constar tudo aquilo que importe dar a conhecer aos concorrentes, de maneira a habilitá-los a fornecer à entidade adjudicante a totalidade dos elementos necessários à tomada, por esta, de uma decisão imparcial.

Deste modo, a entidade adjudicante formula, ela própria, as regras do concurso, às quais se auto-vincula e os particulares se submetem quando elaboram as suas propostas, variando o



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

grau de liberdade que lhes é deixado, e devendo ainda fazer acompanhá-las dos documentos exigidos, para não correrem o risco de serem, sem mais, excluídos. Daí que o dever de a Administração respeitar o programa de concurso e o caderno de encargos constitua um dos princípios fundamentais do concurso público.

Do lado dos concorrentes, independentemente da controvérsia em torno da natureza jurídica do acto de abertura do concurso público, a doutrina mais autorizada em matéria de contratação pública acentua que as propostas apresentadas pelos particulares, além de manifestarem a intenção de estes se tornarem concorrentes no concurso, comportam declarações negociais num duplo sentido: os concorrentes, por um lado, preenchem “cláusulas deixadas em branco” nas diversas peças do procedimento (programa do concurso e caderno de encargos), e, por outro lado, assumem a obrigação de contratar se o referido “preenchimento” for escolhido pela entidade pública – cfr. Margarida O. Cabral, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1997, p. 261 e segs., e Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p. 701.

Com efeito, ao responderem ao convite da Administração inserido no processo de concurso orientado à formação do mútuo consenso contratual, os potenciais destinatários, a partir do momento em que apresentam propostas, revelam a sua adesão às condições em que aquela unilateralmente declarou estar na disposição de adjudicar o fornecimento concreto. Com essa adesão, os concorrentes manifestam a sua vontade de contratar, indicando nas propostas as condições em que se dispõem a fazê-lo, através do preenchimento de determinados elementos deixados em aberto pela entidade pública adjudicante, designadamente o preço, e sobre os quais eles se pronunciaram, em regime de concorrência.

Incidindo agora directamente sobre a questão concreta, impõe-se referir que o n.º 1 do artigo 47.º do Código dos Contratos Públicos dispõe que “quando o contrato a celebrar implique o pagamento de um preço, o preço base é o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto, correspondendo ao mais baixo dos seguintes valores: a) o valor fixado no caderno de encargos como parâmetro base do preço contratual; b) (...)”.

Na situação dos autos, não obstante o Secretário Regional de Educação e Cultura, em 17 de Junho de 2009, haja autorizado “a realização da despesa inerente à aquisição de serviços de restauração nas cozinhas / refeitórios da DREER, pelo período de três anos, até ao montante máximo de € 750 000,00, incluindo o imposto sobre o valor acrescentado (...)”, o certo é que, no âmbito do concurso então desencadeado, não foi fixado preço base, conforme resulta da análise das peças nele exibidas, designadamente do caderno de encargos.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Por isso, é evidente que esse montante máximo não pode ter quaisquer consequências no plano do relacionamento com os concorrentes. Se tal limite tivesse sido fixado no caderno de encargos, como parâmetro base do preço contratual, teria de ser respeitado, ou seja, qualquer proposta superior àquele montante não seria elegível.

Neste ponto, com relevância temos apenas o facto de a Secretaria Regional de Educação e Cultura se ter auto-vinculado a que “a adjudicação será efectuada segundo o critério do mais baixo preço”, e a que o preço a considerar para efeitos de aplicação do critério resultava do “produto das quantidades anuais estimadas previstas no Anexo II ao Caderno de Encargos pelos preços unitários constantes da proposta” (ver, respectivamente, n.ºs 1 e 2, do artigo 6.º do programa do procedimento).

Deste modo, há que reconhecer que aquela Secretaria Regional não afastou do concurso (e da possível adjudicação) qualquer proposta que excedesse o valor máximo permitido no despacho de 17 de Junho de 2009, de autorização do lançamento do concurso. Outra não pode ser a interpretação a dar ao citado artigo 6.º do programa do procedimento.

Os concorrentes estavam assim obrigados a apresentar propostas que contemplassem a confecção de refeições e fornecimento de bens e serviços conexos nas cozinhas/refeitórios da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação, em conformidade com as condições expressamente fixadas nos documentos que serviam de base ao concurso, respeitando, muito concretamente, os indicadores (tipos de refeição e quantidades) patenteados no anexo II do caderno de encargos (cfr. os artigos 1.º do programa do procedimento e do caderno de encargos).

Face à matéria de facto provada, é inquestionável que a proposta da empresa *Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.*, conformou-se com as peças do procedimento administrativo onde foi apresentada. Por este motivo foi admitida e escolhida na convicção de que corresponde às exigências do caderno de encargos, atenta a sua natureza jurídica de declaração contratual.

A Secretaria Regional de Educação e Cultura, no decorrer do procedimento, não alterou as regras do concurso. Todavia, no momento da adjudicação, o Secretário Regional acabou por as desrespeitar, ao fixar um preço para o contrato plurianual a celebrar (até ao montante máximo de € 750 000,00, incluindo IVA) inferior ao que decorria da proposta da firma *Gertal* (€ 756 194,40, sem IVA). Na verdade, o valor da adjudicação *sub iudice* difere do preço da proposta quando comparado com aquele que havia sido apresentado no concurso e comparado e avaliado juntamente com os das demais propostas admitidas.

Esse acto do Secretário Regional configura, assim, uma decisão de adjudicação, de acordo com o conceito vertido no artigo 73.º, n.º 1, do CCP, nos termos do qual “a adjudicação é o



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma das propostas apresentadas”. E, para este efeito, proposta é “a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo” (artigo 56.º, n.º 1, do CCP). Trata-se, pois, de uma declaração unilateral e irrevogável durante um período limitado no tempo (cfr. o artigo 65.º do CCP).

Em síntese, a proposta vencedora, com base na qual se celebrou o contrato, foi modificada onde não era possível tal alteração, pelo que a descrita actuação do Secretário Regional de Educação e Cultura ofende as normas ínsitas aos artigos 56.º, n.º 1, e 73.º, n.º 1, do CCP.

Para a justificar não colhe a alegação de que “foram adjudicados preços unitários para cada tipo de refeição” ou de que se reduziram as quantidades a fornecer pelo adjudicatário, porque foram “revistas as estimativas para o ano de 2010 e seguintes, as quantidades a servir serão muito inferiores às inicialmente previstas”.

Com efeito, as condições de um concurso não são estabelecidas por acaso, reclamam um enquadramento assente na ideia de eliminar *ab initio* situações passíveis de propiciar a subjectivização do relacionamento com os concorrentes. Por outro lado, como é óbvio, não se pode onerar o erário público por qualquer valor, daí que haja que o acautelar, ponderando e definindo, previamente, as condições contratuais, tidas por razoáveis, para a celebração do contrato, para evitar situações que possam eventualmente ser lesivas do interesse público em jogo e afectar negativamente a imagem e o bom nome da entidade adjudicante.

Cumprir ainda ponderar que, quando se está perante um procedimento contextualizado por concurso público, à formação do contrato são aplicáveis os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo (CPA), conforme decorre do n.º 6 do art.º 5.º do CCP.

Isto revela, desde logo, que o procedimento administrativo está submetido à transparência, sendo esta uma das dimensões da imparcialidade, princípio geral de direito que visa pôr o interessado no procedimento a salvo de decisões iníquas e proteger um outro bem jurídico que é o da confiança dos cidadãos na Administração Pública (artigos 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e 6.º do CPA).

Aquele princípio postula, reflectindo exigência decorrente do princípio da igualdade dos concorrentes, que, salvo no caso de procedimento onde esteja prevista a negociação, as propostas devem ser apreciadas tal como são, não podendo a decisão de adjudicação recair sobre outra realidade que não seja a constituída pelas propostas dos concorrentes, tal como foram formuladas – Marcelo Rebelo de Sousa, *in O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, 1994, Lex, p. 74 e segs.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Sob o ponto de vista da consequência jurídica, o acto de adjudicação ao concorrente cuja proposta sofreu uma alteração em aspecto não admitido pela lei e pelas peças do concurso é anulável. E, tratando - se de um acto destacável da formação do contrato, a sua invalidade determina a invalidade consequente do contrato celebrado com a adjudicatária, nos termos do n.º 2 do artigo 283.º do CCP.

Em sede de fiscalização prévia, a situação descrita, consubstanciada na inobservância das regras jurídicas dos artigos 56.º, n.º 1, e 73.º, n.º 1, do CCP, e dos aludidos princípios que disciplinam a actuação da Administração no domínio da contratação pública, constitui 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, porquanto alterou o resultado financeiro do contrato posteriormente celebrado.

Porém, embora o valor do contrato não corresponda ao da proposta vencedora do concurso, o acto de adjudicação não consubstancia, em termos reais e objectivos, a criação de uma situação arbitrária de desigualdade, relativamente aos concorrentes preteridos, atentos os preços das respectivas propostas e o critério que orientou a sua ordenação final (o do mais baixo preço).

Não despreciando é também o fim do contrato, as necessidades públicas que visa satisfazer, de relevante importância na prossecução das atribuições da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação, num contexto em que os constrangimentos orçamentais não foram devidamente equacionados no caderno de encargos exibido no concurso.

E, com base nessa ponderação, 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, e **recomendar** à Secretaria Regional de Educação e Cultura que, em futuros procedimentos, observe o preceituado nos artigos 56.º, n.º 1, e 73.º, n.º 1, ambos do Código dos Contratos Públicos.

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato em apreço, com a **recomendação** constante do final da parte II da presente decisão.

São devidos emolumentos, no montante de € 750,00.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 18 de Março de 2010.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

A ASSESSORA,

(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)