



RECURSO ORDINÁRIO N° 24/02

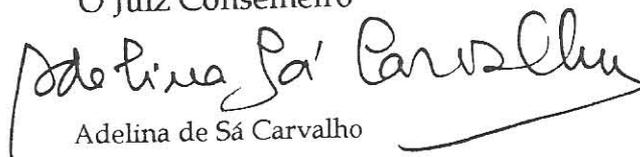
(Processo n° 928/02)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO Nº 32/02

1. O Decreto-Lei n° 59/99, de 2 de Março, introduziu duas fases distintas, uma para qualificação dos concorrentes, outra para análise e graduação das propostas.
2. Assim sendo, pela aplicação conjugada dos artigos 98° e 100° do mesmo diploma, factores que tenham a ver com a capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes só são ponderáveis em sede de qualificação dos concorrentes, não podendo ser objecto de apreciação na fase de análise .
3. As ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro dos contratos são, nos termos do n° 3 do artigo 44° da Lei n° 98/97, de 26 de Agosto, fundamento de recusa do visto, podendo o Tribunal de Contas, quando tal se justifique face aos elementos carreados para o processo, conceder o visto com recomendações no sentido do suprimento ou da não prática, no futuro, das mesmas ilegalidades.

Lisboa, 3 de Dezembro de 2002.

O Juíz Conselheiro



Adelina de Sá Carvalho



ACÓRDÃO N.º 32/02 – 3.DEZ – 1.ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 24/02

(Processo n.º 928/02)

I. RELATÓRIO

1. O Acórdão n.º 74/2002, tirado em Subsecção da 1.ª Secção deste Tribunal, em 17 de Setembro do ano em curso, recusou o visto ao contrato de empreitada de “**Construção da Biblioteca Municipal**” celebrado entre a Câmara Municipal da Fornos de Algodres e a empresa António Caetano & Moreira, Lda., no valor de € 936.879,21, acrescido de IVA.

A recusa de visto teve os seguintes fundamentos:

- de acordo com o n.º 3 do artigo 100.º, complementado pelo disposto no artigo 98.º, ambos do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, a escolha do co-contratante é decidida em dois momentos distintos e subsequentes;
- na avaliação dos concorrentes, é medida a capacidade técnica e económica, devendo ser excluídos os que não demonstrarem reunir o mínimo exigível para a prestação do serviço objecto do concurso;
- de seguida passa-se à avaliação do conteúdo das propostas, sendo nesta fase proibido “ter em consideração, directa ou indirectamente, a aptidão dos concorrentes já avaliada nos termos do artigo 98.º” (n.º 3 do artigo 100.º);
- os factores “currículo da empresa em obras da mesma natureza” e o “equipamento e recursos humanos da empresa” destinam-se a medir a capacidade técnica e financeira dos concorrentes, o que viola a citada norma legal;



Tribunal de Contas

- o peso atribuído a cada um dos factores não só é susceptível de alterar o resultado financeiro do concurso e do contrato, como também da respectiva utilização resultou a efectiva alteração desse resultado;
- nos termos da alínea c) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, as ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro constituem fundamento para a recusa do visto, pelo que, atento o valor da alteração financeira do contrato (mais de € 45.000) se recusou o visto.

2. Inconformada com a decisão, a Câmara Municipal de Fornos de Algodres, pelo seu Presidente, interpôs recurso nos termos do artigo 96º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Nas suas alegações, que se dão por integralmente reproduzidas, veio invocar:

- a prática corrente do Município de apreciar as propostas com base no curriculum e no equipamento e recursos humanos dos concorrentes resulta de reminiscências do anterior regime de empreitadas públicas, onde a mesma era legalmente permitida e largamente utilizada;
- só agora se teve correcta e total percepção de que tal prática enfermava de ilegalidade;
- o que se pretendeu neste concurso foi seleccionar os candidatos que dessem mais e melhores garantias de boa execução da obra;
- se esses critérios tivessem sido ponderados em sede própria e legal, teria a câmara concluído que o concorrente Constrope, Construção Civil e Obras Públicas, Lda., não reunia as condições mínimas para a realização da empreitada em causa;



Tribunal de Contas

- com efeito, todos os concorrentes, à excepção da Constrope, ultrapassam o mínimo garantidor da capacidade técnica e financeira (1.000.000 contos), enquanto aquela empresa fica aquém (cerca de 300.000 contos);
- ao contrário dos restantes subcritérios referentes ao currículo, a exigência de que todos os concorrentes tivessem um volume mínimo de 1.000.000 contos em obras da mesma natureza não é quantificável, o que inviabilizava a exclusão do concorrente na fase de qualificação;
- daí que a proposta da Constrope tenha sido analisada em igualdade de circunstâncias com as demais, apesar de não possuir, no entendimento da Comissão de Análise, curriculum adequado;
- assim, se os critérios tivessem sido ponderados na fase da qualificação, aquela empresa teria sido excluída, de onde decorreria que, na fase da análise das propostas e face aos demais critérios de apreciação, a escolha recairia na empresa António Caetano & Moreira, Lda.;
- mas mesmo que assim não fosse, a diferença de 9.000 contos não configura um valor susceptível de constituir óbice ao visto com recomendações, atentos os custos advenientes de uma recusa de visto, já que o incumprimento do Protocolo firmado com o Instituto Português do Livro e das Bibliotecas e o não arranque da obra darão lugar a nova empreitada, com custo global seguramente superior àquela diferença;
- a isto acresce que conhecidas que são quer as propostas apresentadas, os preços unitários, os cronogramas financeiros, as condições de execução da obra, etc., tal prejudicará em novo concurso os princípios da livre concorrência e da igualdade de oportunidades, bem como os interesses do Município;
- não existindo, assim, neste caso alteração do resultado financeiro, estão reunidas as condições para a concessão do visto com recomendações.



Tribunal de Contas

3. Por despacho de 10 de Outubro último, foi o recurso admitido liminarmente, por ser tempestivo e legítimo o autor do recurso.

4. Sobre o pedido, emitiu o ilustre Procurador-Geral Adjunto douto parecer nos termos do nº 1 do artigo 99º da Lei nº 98/97, no sentido de ser indeferido o recurso e a decisão confirmada, porquanto, tendo o concorrente Constrope sido admitido, a questão da sua exclusão não pode ser legitimamente suscitada no âmbito de uma análise retrospectiva e hipotética do processo de selecção dos concorrentes.

II. OS FACTOS

1. No DR, III Série, de 10 de Abril de 2001, foi publicado o Anúncio relativo ao concurso público para a empreitada de construção da Biblioteca Municipal, cujo preço-base foi fixado em 158.853.580\$00.

O ponto 13 do Anúncio definia como **critérios** básicos de **apreciação das propostas** os do artigo 105º do Decreto-Lei nº 59/99, bem como – por esta ordem – o preço da proposta (50%), o prazo (20%), o currículo documentado da empresa em obras da mesma natureza nos últimos dois anos (15%) e o equipamento e recursos humanos da empresa (15%).

2. Também no Programa do Concurso, após se ter elencado os documentos com os quais a proposta devia ser instruída (nº 14.2) e os documentos de habilitação dos concorrentes (nº 14.1), os pontos 18.1 e 18.3 definiram o critério de adjudicação à proposta mais vantajosa como o resultante da aplicação dos critérios de apreciação definidos no Anúncio.



Tribunal de Contas

3. De acordo com a Acta-relatório do acto público de abertura das propostas, de 28 de Maio de 2001, a Comissão de Abertura deliberou **admitir incondicionalmente todos os concorrentes**, ou seja os cinco que se candidataram.

4. Em 20 de Junho, a Comissão de Avaliação da capacidade financeira, económica e financeira dos concorrentes deliberou, após ter recorrido ao banco de dados do IMOPPI e atenta a **presunção** introduzida pelo Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, de idoneidade, capacidade financeira, económica e técnica dos titulares de classificação de empreiteiros (artigo 98º do citado diploma) **admitir todos os concorrentes, por não se verificarem motivos para exclusão** de nenhuma das cinco empresas.

5. Em 4 de Setembro, a Comissão de Apreciação das propostas deliberou propor:

A exclusão do concorrente Alberto Martins de Mesquita & Filhos, SA, por não ter apresentado preços unitários para todos os itens do mapa de medições;

A graduação dos restantes concorrentes de acordo com os factores de ponderação definidos no concurso;

A adjudicação ao primeiro classificado António Caetano & Moreira, Lda., pelo valor de 187.827.417\$00, acrescido de IVA.

A **graduação das propostas** foi feita, de acordo com o mesmo relatório, nos seguintes moldes:

	Preço	pontos	prazo	pontos	Curric (pontos)	Equip (pontos)	Total	Ordenação final
SOMAGUE Engenharia, SA	245.349.479\$	1	8	10	10	8	8.2	4º
Edivisa,	197.004.698\$	7.5	14	8	10	5	8.75	2º



Tribunal de Contas

Empresa de Construção, Lda.								
Constrope, Construção Civil e Obras Públicas	178.682.468\$	10	12	10	5	6.5	8.73	3º
António Caetano & Moreira, Lda.	187.827.417\$	8.8	12	10	10	8	9.45	1º

Daí decorreu a adjudicação à empresa António Caetano & Moreira, Lda., objecto de deliberação do Executivo camarário em 10 de Outubro de 2001, conforme Acta da mesma data.

6. Porém, a aplicação dos factores de ponderação definidos no próprio concurso levaria contudo a diferente resultado no que se refere aos 2º e 3º classificados, como resulta do quadro seguinte:

	Preço	pontos	Prazo (0,2)	pontos	Curric (pontos)	Equip (pontos)	Total	Ordenação final
SOMAGUE Engenharia, SA Classificação ponderada	245.349.479\$	1 0.50	8	10 2.00	10 1.50	8 1.20	8.2 5.20	4º
Edivisa, Empresa de Construção, Lda. Classificação ponderada	197.004.698\$	7.5 3.75	14	8 1.60	10 1.50	5 0.75	8.75 7.60	3º
Constrope, Construção Civil e Obras Públicas Classificação ponderada	178.682.468\$	10 5.00	12	10 2.00	5 0.75	6.5 0.97	8.73 8.72	2º
António Caetano & Moreira, Lda. Classificação ponderada	187.827.417\$	8.8 4.40	12	10 2.00	10 1.50	8 1.20	9.45 9.10	1º

Se porém se expurgassem os dois factores - curriculum e recursos humanos da empresa - que, também na sequência do artigo 98º do Decreto-Lei nº 59/99, deveriam ter sido elementos de ponderação na fase de apreciação dos concorrentes, o resultado final, decorrente da grelha aplicável às propostas, teria sido o seguinte:



Tribunal de Contas

	Preço	Prazo	Total	Ordenação final
SOMAGUE Engenharia, SA	0.50	2.00	2.5	4º
Edivisa, Empresa de Construção, Lda.	3.75	1.60	5.35	3º
António Caetano & Moreira, Lda.	4.40	2.00	6.40	2º
Constrope, Construção Civil e Obras Públicas	5.00	2.00	7.00	1º

Destas circunstâncias foi dado conhecimento à Câmara quando da devolução do processo em sede de contraditório, sem que contudo a decisão ou até o processo tivesse sido objecto de alteração ou substituição, tendo sido, para tal, invocada a inexistência de recursos do acto de adjudicação apresentados pelos concorrentes; apelou ainda a autarquia à importância deste empreendimento para o desenvolvimento cultural do povo do município, obra esta dependente das participações decorrentes do contrato-programa, celebrado em Abril de 2002, entre o Ministério da Cultura, pelo Instituto do Livro e das Bibliotecas, e o Município de Fornos de Algodres.

Deste contrato resultava que a participação do IPLB tinha uma dupla vertente: **técnica** e financeira, traduzida a primeira pelos Programas de Apoio às Bibliotecas Públicas e Projecto de Execução da Biblioteca (caderno de encargos e **programa de concurso**, bem como a planta de distribuição de mobiliário e equipamento), consubstanciando a participação **financeira** no **co-financiamento** até ao montante correspondente a 50% dos custos totais, designadamente da obra de construção civil, estimada no contrato-programa em 393.558 € (78.700 contos).



Tribunal de Contas

7. Existindo assim, no processo e no acto de adjudicação que o concluiu, ilegalidade de que resultou alteração do resultado financeiro do contrato, foi o visto recusado nos termos e com os fundamentos referidos em **1**.

III - O DIREITO

1. O Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, que estabelece o regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas, veio, no que respeita ao concurso público - Capítulo III - definir as seguintes fases (artigo 59º):

- Abertura do concurso
- Acto Público
- Qualificação dos concorrentes
- Análise das propostas
- Adjudicação

No artigo 60º prevê-se a constituição de duas comissões, uma para supervisionar as três primeiras fases - comissão de abertura do concurso - e uma segunda para supervisionar as restantes fases - comissão de análise das propostas - sendo que esta última não pode, salvo em casos excepcionais, ser constituída, em mais de um terço, por elementos que tenham integrado a outra comissão.

Fica assim claro que o citado diploma legal se afastou, nesta matéria, do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, que o antecedeu. Isso mesmo vem referido no ponto II, nº 2 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 59/99, cujo nº 10 reflecte e explica a presunção de existência de idoneidade, capacidade técnica e capacidade económica e financeira decorrente da titularidade do certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas adequado, princípio este consagrado nos seus artigos 69º, 70º, 92º e 94º e retomado no nº 6 do capítulo II da Secção I do Anexo `a Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro.



Tribunal de Contas

Por seu lado, o artigo 98º do Decreto-Lei nº 59/99 regula a avaliação, pela Comissão de Abertura de concurso, da capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes, **tendo em conta os elementos de referência solicitados** no anúncio do concurso e com base nos documentos indicados no artigo 67º e seguintes (nº 1), **podendo o dono da obra ponderar**, para aqueles efeitos, o conteúdo da base de dados do Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (nº 2).

É nesta fase, e concluída que esteja a verificação dos factores atrás enunciados (nº 3), que a Comissão deve **excluir os concorrentes que não demonstrem aptidão** para a execução da obra posta a concurso, passando os concorrentes considerados aptos à fase seguinte em condições de igualdade (nº 4).

Entra-se então na fase de análise das propostas, o que se fará em função do critério de adjudicação estabelecido no concurso - artigo 100º - devendo a competente comissão pronunciar-se sobre o **mérito das propostas**, ordenando-as de acordo com os factores e eventuais subfactores fixados no Programa do concurso. No nº 3 do mesmo artigo 100º acautela-se, uma vez mais, a necessária separação entre as duas fases, vedando à comissão de análise das propostas a **ponderação da aptidão dos concorrentes** já avaliada nos termos do artigo 98º.

Finalmente, o artigo 105º, relativo ao critério de adjudicação, prevê a ponderação de factores variáveis para a determinação da proposta economicamente mais vantajosa, elencando, ainda que a título indicativo, o preço, o prazo, o custo de utilização, a rendibilidade, a valia técnica da proposta e a garantia.

2. O contrato a que foi recusado o visto respeita a uma empreitada cujo processo se iniciou em Abril de 2001, ou seja, em plena vigência do Decreto-Lei nº 59/99.



Tribunal de Contas

Assim, dois dos factores incluídos no Programa do concurso - “currículum da empresa” e “equipamento e recursos humanos da empresa” - são elementos integradores da avaliação dos próprios concorrentes, como decorre dos n.ºs 1 e 2 do artigo 98.º do Decreto-Lei n.º 59/99, nos termos dos quais a capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes é avaliável em função não só do conteúdo da base de dados do IMOPPI, mas também dos elementos de referência constantes do anúncio do concurso (ver, também, o que dispõe o n.º 11 do Modelo n.º 2 do Anexo IV ao mesmo diploma legal); ora tal foi feito em termos tão genéricos no Anúncio do concurso que o resultado não poderia deixar de ser o nivelamento e paridade então obtidos.

E se o ilustre Recorrente vem agora, em sede de recurso, invocar a desadequada inclusão da empresa, classificável em 2.º lugar, no grupo das quatro empresas com requisitos para passarem à fase da avaliação das propostas, certo é que não só não documenta nem demonstra essa conclusão, como também, a confirmar-se tal circunstância, ela seria insusceptível de provocar agora a exclusão daquela empresa no contexto de uma ponderação retrospectiva da capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes, como muito bem alertou, no seu douto parecer, o Exmo. Representante do Ministério Público junto deste Tribunal.

3. Como também se referiu no Acórdão recorrido, a alteração financeira originada pela ilegalidade apontada traduziu-se num acréscimo de custos da empreitada no valor de 45.614,82€ (9.147.949\$00); esta diferença equivale a 4,8% do valor da proposta do primeiro classificado (187.827.417\$00) e a 5,1% da proposta do segundo classificado (178.682.468\$00).

Verificou-se, assim, uma situação de facto determinante da aplicação do n.º 3, alínea c), do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

IV - DECISÃO

Corridos os demais vistos legais, cumpre decidir.

Tem sido jurisprudência constante deste Tribunal, em processos de concurso em que foi detectada a ilegalidade decorrente da violação dos artigos 98º e 100º, nº 3 do Decreto-Lei nº 59/99, avaliar da existência de repercussões da qualificação dos concorrentes ter ocorrido, em parte, na fase da avaliação das propostas, no que concerne ao resultado financeiro. Assim, sempre que a ordenação dos concorrentes não é afectada pela referida ilegalidade, o Tribunal tem entendido usar da faculdade prevista no nº 4 do artigo 44º da Lei nº 98/97, tendo sido, nestes casos, concedido o visto com recomendações.

Quando, contudo, se está perante uma demonstrada e significativa alteração do resultado financeiro, a decisão tem sido a de recusar o visto.

Porém, no processo que nos ocupa, a percentagem correspondente ao desvio nos custos da proposta a que foi adjudicada a obra é como se assinalou em II, muito pouco significativa, configurando-se também demonstradas as dificuldades decorrentes da impossibilidade de dar execução no ano em curso aos compromissos decorrentes do Protocolo celebrado com o Ministério da Cultura, designadamente a comparticipação financeira da Administração Central nos custos desta empreitada, cujo interesse social e cultural no concelho de Fornos de Algodres não será de pôr de parte na ponderação da decisão final.

Por outro lado, se atentarmos na formulação do artigo 44º da Lei nº 98/97, concluir-se-á que, de acordo com o seu **nº 4**, nos casos previstos na alínea c) do seu nº 3, ou seja quando se verifique ilegalidade que **altere** ou **possa alterar** o resultado financeiro do contrato, o Tribunal pode, em decisão fundamentada, conceder o visto e fazer recomendações no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.



Tribunal de Contas

Assim, sendo, e antes de mais, se comprovadamente da ilegalidade não resultar qualquer alteração do resultado financeiro, a concessão de um visto será a consequência normal, como decorre da alínea c) do nº 3. Porém, quando haja a possibilidade de se verificar alteração do resultado financeiro mas também quando essa alteração seja, como no caso em apreço, indiscutível, ainda assim e em ambos os casos, pode o Tribunal recusar o visto, como resulta do corpo do nº 3 ou, em alternativa, usar da faculdade, que a lei lhe confere no nº 4, de visar com recomendações.

Tal significa que cabe, nestes casos, com relevância para aqueles em que se demonstrou a alteração do resultado financeiro, ponderar todas as circunstâncias determinantes da ilegalidade verificada, bem como, face aos dados carreados para os autos, medir e avaliar o contexto de um visto com recomendações.

Ora, no caso que nos ocupa, só em sede de recurso tal ponderação pôde ser feita com maior profundidade e segurança, atentos os factos trazidos ao processo.

Termos em que os Juízes da 1ª Secção, reunidos em Plenário, acordam dar provimento ao recurso, concedendo o visto ao contrato em apreço, com a recomendação de que em futuros processos de empreitada a Câmara Municipal de Fornos de Algodres tenha rigorosamente em conta o regime do Decreto-Lei nº 59/99, nos termos em que ele se encontra, em detalhe, invocado no presente Acórdão.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.



Tribunal de Contas

Lisboa, 3 de Dezembro de 2002.

Os Juizes Conselheiros

Adelina de Sá Carvalho

(RELATOR: Cons^a. Adelina de Sá Carvalho)

Lídio José Pinheiro de Magalhães

(Cons. Lídio José Pinheiro de Magalhães)

Adelino Ribeiro Gonçalves. Vencido

(Cons. Adelino Ribeiro Gonçalves)

Por considerar que, no caso, não co-
nhecem circunstâncias suficientes que
justifiquem o uso da sanção prevista
no art. 44, n.º 4 da Lei 98/97 de 26 de
Agosto. Acresce que para além de haver
alteração do preço também ocorreu al-
teração da ordenação dos concorrentes.

Fui presente

(PGA: Dr. Jorge Leal)

Jorge Leal