



ACÓRDÃO N° 19 /04 - 30.Nov-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 19/2004

(Processo n° 3141/03)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. Num concurso limitado com publicação de anúncio é ilegal a exigência feita aos concorrentes da propriedade de equipamento especial de corte, quer como condição de participação no concurso, quer para efeitos de avaliação da sua capacidade técnica.
2. Feita essa exigência em sede de concurso limitado com publicação de anúncio e tendo sido excluídos todos os candidatos por não serem proprietários desse equipamento, essa exigência converte-se em condição substancial do concurso.
3. Assim, só será admissível o recurso ao ajuste directo ao abrigo da al. a) do n° 1 do art° 136° do Decreto-Lei n° 59/99, de 2 de Março se nesta sede for mantida a mesma exigência.

Lisboa, 30 de Novembro de 2004.



ACÓRDÃO N.º 19 /04-Nov.30-1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 19/2004

(Processos n.ºs 3141/03)

ACÓRDÃO

1. Em sessão de Subsecção da 1ª Secção de 1 de Junho de 2004 foi aprovado o acórdão n.º 90/2004-1.Jun.1ªS/SS que recusou o visto ao contrato da empreitada de **“Demolição parcial de elementos estruturais, reconversão dos edifícios e construção de espaços exteriores nas coberturas dos lotes 3 a 7 da Rua das Açucenas”**, celebrado entre a **Câmara Municipal de Lisboa (CML)** e a empresa **EDIFER – Construções Pires Coelho & Fernandes, SA**, pelo preço de **799.051,24 €** acrescido de IVA.

A recusa do visto, decidida ao abrigo da al. a) do n.º 3 do art.º 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, teve por fundamento o facto de, tendo a adjudicação sido decidida por ajuste directo, se ter *“verificado o desrespeito dos princípios da transparência, publicidade e concorrência, por cerceamento ilegal da possibilidade de outras empresas se apresentarem com propostas eventualmente mais favoráveis”*, o que levou a *“concluir pela omissão do procedimento prévio legalmente previsto, face ao valor do contrato (o concurso público), ou seja, de um dos elementos essenciais à adjudicação, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 133º do CPA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, de acordo com o qual o acto adjudicatório e o contrato enfermam de nulidade”*.



Tribunal de Contas

2. Daquele acórdão recorreu o Presidente da CML pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.

Em defesa do pretendido e da legalidade do procedimento pré-adjudicatório por si adoptado – ajuste directo -, apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 9 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde não formula conclusões, mas que se poderão assim sintetizar:

- Os trabalhos objecto do contrato eram complexos (nºs 2 a 9);
- A exigência da propriedade do equipamento especial a utilizar cabe na previsão do ponto 19.5 do “Programa de concurso tipo” aprovado pela Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro (nºs 10 a 14);
- No ajuste directo foram respeitadas “condições substancialmente idênticas às estabelecidas no concurso” no que diz respeito à propriedade do equipamento porquanto ter o adjudicatário “*assegurado a propriedade do equipamento por empreiteiro que colaboraria com ela na execução da empreitada*”. (nºs 15 a 20)

3. Admitido o recurso foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que emitiu duto parecer no sentido da improcedência do recurso e da confirmação da recusa do visto.

Isso por entender que, “*em resumo e conclusão, pode afirmar-se, que não foram respeitados, pela C.M.L, os fundamentos jurídicos invocados pela opção pelo “ajuste directo” - que, como se sabe, constitui uma forma excepcional de contratação pública, que somente em casos muito pontuais e excepcionais, devidamente comprovados objectivamente, poderá ser admitida, designadamente porque não respeitou as chamadas “condições substancialmente idênticas” àquelas, que havia elegido, em sede de concurso. (art. 136ª nº1 cit)*”.

4. Corridos os demais vistos legais cumpre apreciar e decidir.

4.1. Os Factos



Tribunal de Contas

Os factos apurados no acórdão recorrido não foram contestados pelo recorrente. Apesar disso, para a boa compreensão do tema *decidendi*, é conveniente recordá-los.

A) Antecedentes:

Em 2 de Fevereiro de 2001 a CML celebrou com a empresa MANUEL RODRIGUES GOUVEIA, S.A. um contrato, no valor de 744.848.628\$00, sem IVA, para a construção de 53 fogos de habitação social, no âmbito do PER, incluindo equipamento, infra-estruturas, espaços exteriores e iluminação pública, na Rua das Açucenas, na Ajuda;

A pedido da Câmara, o LNEC, em 23 de Abril de 2003, emitiu um parecer no sentido da viabilidade da demolição **parcial dos edifícios recém construídos** na Rua das Açucenas, **designados por lotes 3 a 7** (objecto da empreitada acabada de referir); aquela demolição abrangia todo o piso 4 daqueles edifícios e a metade da frente do piso 3;

Segundo um Memorando do Gabinete do Presidente da Câmara, com data de 3 de Julho de 2003, a viabilização pela CML da empreitada de construção daqueles 53 fogos de habitação social fundou-se “*na tese do erro material do PDM e que este seria alterado no sentido da área em questão ser realmente classificada na planta respectiva, como “Área Consolidada de Edifícios de Urbanização Colectiva Habitacional”*”;

Por despacho conjunto de três vereadores de 4 de Julho de 2003, foi reconhecido que “**o projecto** (a empreitada referida) **não salvaguarda convenientemente a identidade do Bairro da Ajuda**” e também que “**apesar do adiantado estado em** que se encontra a empreitada é possível



Tribunal de Contas

ainda, com uma **alteração do projecto ao nível de cérceas**, promover uma melhor adequação do mesmo...”;

Nesse mesmo despacho foi determinada a conclusão dos trabalhos da empreitada que não fossem prejudicados pelas alterações ao projecto, as quais seriam: o “desmonte do material (...) já instalado no último piso e na frente do penúltimo”; a “demolição da alvenaria” naquelas zonas; e a “impermeabilização da laje superior”;

Conforme informação de 19 do mesmo mês de Julho do Departamento de Planeamento e Projectos, **a complexidade** dos trabalhos, a **urgência** e o **valor-base** justificavam o lançamento de **concurso limitado com publicação de anúncio**, o que foi acolhido superiormente;

Por despacho de 22 de Julho de 2003 do Senhor Presidente da Câmara, ratificado na reunião de Câmara de 30 de Julho, e na inviabilidade legal de recorrer a trabalhos a mais, foi autorizado o **lançamento de nova empreitada**, esta de “Demolição Parcial de Elementos Estruturais, Reconversão dos Edifícios e Construção de Espaços Exteriores nas Coberturas dos Lotes 3 a 7 da Rua das Açucenas”, **mediante concurso limitado com publicação de anúncio**;

Por anúncio publicado no DR. III Série, de 29.7.2003, foi aberto concurso limitado para a “Demolição parcial de elementos estruturais, reconversão dos edifícios e construção de espaços exteriores nas coberturas dos lotes 3 a 7 da Rua das Açucenas”;



Tribunal de Contas

Como condição de participação no concurso os concorrentes deveriam apresentar, para além do mais: (i) “declaração, assinada pelo representante legal da empresa, que mencione o **equipamento próprio** a utilizar na obra que permita o recurso a processos de corte por discos ou serras de fio diamantado, com arrefecimento a água”; e (ii) “documento comprovativo de que a empresa possui certificado de qualidade” [nº 10, c), 3 e 4];

Por causa destas exigências, a AECOPS – Associação de Empresas de Construção e Obras Públicas - veio, por fax de 8 de Agosto de 2003, suscitar a não conformidade ao enquadramento legal vigente da exigência feita no nº 3 da alínea c) do **ponto 10 do anúncio** do concurso, relativo à declaração relativa a “**equipamento próprio**” de corte, por ser **limitativa da concorrência**, e violadora do princípio consignado na al. o) do nº 1 do artigo 67º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, que prevê a possibilidade de os concorrentes indicarem equipamento alugado bem como da obrigação da apresentação de documento comprovativo de certificado de qualidade, quando esta certificação tem carácter voluntário;

O Departamento de Empreitadas, Prevenção e Segurança de Obras da Câmara respondeu à AECOPS que, envolvendo esta empreitada a execução de “trabalhos complexos que exigem o recurso a métodos especiais e envolvem riscos”, era aconselhável uma maior exigência na qualificação dos concorrentes; esta resposta da Câmara não apoiou, contudo, os seus argumentos em qualquer disposição legal;

Pediram participação ao mencionado concurso as empresas: JOCARTÉCNICA – Construções e Obras Públicas, Lda., e EDIFER – Construções Pires Coelho & Fernandes, S.A;



A comissão designada para a apreciação dos pedidos de participação deliberou, em 14 de Agosto de 2003, **rejeitar** ambos os pedidos e considerar **extinto o procedimento concursal**, invocando, no caso da JOCARTÉCNICA, que não foram apresentados documentos que mencionassem o “equipamento próprio... que permita o recurso a processos de corte por discos ou serras de fio adiamantado...” e comprovassem a posse de “certificado de qualidade”; no caso da EDIFER, a rejeição fundamentou-se no facto de a declaração apresentada pelo candidato não identificar o equipamento próprio que permitisse os atrás mencionados processos de corte;

Conforme consta dos autos, apesar da empreitada inicial não ter sido ainda completamente recepcionada, já foi objecto de duas recepções provisórias parciais, sendo que **os edifícios** a que correspondem os **lotes 3 a 7**, nos quais se pretende intervir pela empreitada objecto do contrato ora em apreço, **se encontram concluídos** e com auto de recepção provisória (parcial) datado de 21 de Novembro de 2003.

B) Do contrato ora em apreço:

Por proposta do Exm^o Presidente da Câmara de 11 de Setembro, aprovada em Reunião de Câmara de 17 do mesmo mês, e invocando-se que as duas empresas que pediram a sua participação no concurso, “*não lograram demonstrar reunir condições para participarem no referido procedimento*” e **não tendo assim “sido apresentadas propostas para a execução da empreitada”**, foi decidido, nos termos da alínea a) do n^o 1 do

A entrega das chaves destas casas teve lugar em 28 de Maio último, conforme informação veiculada na comunicação social.



Tribunal de Contas

artigo 136º do Decreto-Lei nº 59/99, declarar extinto o concurso limitado e **autorizar a adjudicação por ajuste directo**, devendo o contrato “respeitar condições substancialmente idênticas às estabelecidas no concurso”;

Foram consultadas cinco empresas (entre elas a EDIFER), tendo **apresentado propostas apenas três** (uma delas a EDIFER), todas admitidas;

A comissão de análise concluiu que, face aos factores de apreciação das propostas (“valor actual dos encargos totais da empreitada” – 80%, e “prazo de execução” – 20%), a empreitada deveria ser adjudicada à empresa EDIFER – CONSTRUÇÕES PIRES COELHO & FERNANDES, S.A., pelo valor de €799.051,24, mais IVA, e um prazo de execução de 12 semanas;

As duas restantes propostas envolviam custos de € 967.787,11 e € 944.348,89;

No Relatório de análise das propostas, de 16 de Outubro de 2003 e demais documentos adjudicatórios, **não é feita qualquer menção à exigência quer de equipamento próprio, quer de certificado de qualidade;**

Na reunião de Câmara de 29 do mesmo mês, foi aprovada a proposta do Exmº Presidente de se adjudicar a empreitada em questão à empresa EDIFER nas condições por ela apresentadas;



A proposta da adjudicatária está instruída com “Declaração” sobre “Equipamento” onde se lê: “...o equipamento que prevê mobilizar para a execução da obra será de acordo com a relação anexa, sendo **pertença da EDIFER, dos subempreiteiros ou alugados no exterior...**” [destaque nosso].

Em outro documento integrador da proposta, a empresa afirmava também que “o equipamento...é propriedade da nossa empresa, ...**com excepção do equipamento de corte que será propriedade do subempreiteiro a contratar para o efeito...**” [destaque nosso];

O contrato foi celebrado em 28 de Novembro de 2003, tendo a consignação ocorrido em 9 de Novembro seguinte;

Ao contrato em questão foi recusado o visto pelo acórdão nº 90/2004-1.Jun.1ªS/SS.

4.2. Apreciando

Os fundamentos imediatos da recusa do visto ao contrato, invocados no acórdão recorrido e já transcritos em 1. (desrespeito pelos princípios da transparência, publicidade e concorrência, o que, no caso, equivale à omissão do procedimento prévio legalmente exigido – o concurso público), tiveram como causas imediatas duas outras assinaladas ilegalidades: (i) a exigência aos concorrentes ao concurso limitado com publicação de anúncios da **propriedade** de equipamento especial de corte por discos ou serras de fio diamantado com arrefecimento a água e certificado de qualidade da empresa; e (ii), no ajuste directo não ter sido mantida a mesma exigência, designadamente quanto à **propriedade** do dito equipamento.



É certo que o acórdão recorrido tece considerações e questiona a complexidade da obra lançando dúvidas sobre a legalidade da utilização do concurso limitado com publicação de anúncio em detrimento do concurso público.

Porém, tais considerações surgiram para enquadramento e melhor compreensão da questão a decidir e o próprio acórdão considerou ser tal assunto já insindicável. São, por isso, irrelevantes as alegações do recorrente sobre a complexidade da obra a realizar e que contam dos n.ºs 2 a 9 do requerimento de interposição do recurso.

Vejamos, então, os outros dois argumentos trazidos pelo recorrente para pôr em crise o acórdão recorrido.

(a) A exigência da propriedade do equipamento especial de corte tem suporte no ponto 19.5 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001.

O mencionado n.º 19 reporta-se à qualificação dos concorrentes, quer nas suas vertentes financeira e económica, quer técnica.

A questão controvertida no processo em apreço está relacionada com a capacidade técnica dos concorrentes pelo que relevam os pontos 19.4 e o invocado pelo recorrente 19.5, que se transcrevem:

“19.4 — Na avaliação da capacidade técnica dos concorrentes para a execução da obra posta a concurso, deverão ser adoptados os seguintes critérios:

a) Comprovação da execução de, pelo menos, uma obra de idêntica natureza da obra posta a concurso, de valor não inferior a... (indicar um valor não superior a 60% do valor estimado do contrato);



- b) *Adequação do equipamento e da ferramenta especial a utilizar na obra, seja próprio, alugado ou sob qualquer outra forma, às suas exigências técnicas;*
- c) *Adequação dos técnicos e os serviços técnicos, estejam ou não integrados na empresa, a afectar à obra.*

19.5 — Os critérios acima referidos apenas poderão ser alterados quando se trate de obras cuja elevada complexidade técnica, especialização e dimensão o justifiquem”.

Efectivamente a última das normas transcritas, o ponto 19.5, permite ao dono da obra, em concursos para a execução de obras de elevada complexidade técnica, especialização e dimensão (que seria o caso, segundo o recorrente) fazer exigências de comprovação da sua capacidade técnica superiores às que vêm previstas no ponto 19.4.

No entanto, se analisadas com algum cuidado as três alíneas daquele preceito há-de concluir-se que, em rigor, ao dono da obra apenas é conferida alguma margem de manobra quanto ao critério da alínea a), a única que objectivamente quantifica o critério a utilizar – comprovação da execução de uma obra de valor igual ou superior a 60% do valor estimado (isto é, do preço base) da obra posta a concurso. Nas condições previstas no ponto 19.5 – elevada complexidade técnica, especialização e dimensão da obra – pode o dono, se assim o entender mas fundamentadamente, exigir aos concorrentes que comprovem a realização de um obra de valor superior à percentagem referida, a realização de duas ou mais obras de valor igual àquela percentagem ou de duas ou mais obras de valor superior àquele valor percentual.



Tribunal de Contas

Os outros dois critérios o que exigem é que o equipamento “ al.b) e a equipa técnica al.c) apresentados pelo concorrente para a execução da obra sejam os **adequados**.

Esta é a essência destas normas, a adequação de equipamento e serviços técnicos à realização da obra.

Cabe, com certeza, ao dono da obra definir o que considera serem os equipamentos técnicos adequados e exigir aos concorrentes que os apresentem. Só que esse poder de definição, que há-de ter em conta, exactamente, a complexidade e dimensão da obra, resulta para o dono da obra das próprias alíneas b) e c) do ponto 19.4 e não do ponto 19.5.

Definido e publicitado esse equipamento, o dono da obra não pode aceitar equipamentos insuficientes, sem capacidade de resposta ou já obsoletos, sob pena de pôr em causa a qualidade e garantia da obra a realizar. Mas também não poderá exigir mais equipamento do que o adequado se não quiser pôr em causa a livre concorrência, princípio essencial na contratação pública, como se sabe.

Sendo assim, não se diga, como pretende o recorrente, que o efeito do ponto 19.5 sobre a alínea b) do ponto 19.4 (a que aqui interessa) incide sobre a propriedade do equipamento, podendo o dono da obra, como foi o caso, exigir que o equipamento especial de corte fosse propriedade do concorrente.

Desde logo porque a propriedade do equipamento nada acrescenta ou retira à sua adequação à execução da obra. O que era adequado, na obra em questão, era que o equipamento permitisse “*o recurso a processos de corte por discos ou serras de fio diamantado com arrefecimento a água*”.

Depois, porque a tese do recorrente permitiria que o dono da obra pudesse exigir, por exemplo, que o equipamento fosse alugado, impedindo com isso a candidatura de um concorrente com equipamento próprio ou, então, obrigava-o a alugar esse equipamento com reflexos necessários, no valor da sua proposta e,



Tribunal de Contas

consequentemente em caso de adjudicação, no custo da obra. O que, por absurdo, não pode aceitar-se.

Improcede, pois este argumento.

(b) No ajuste directo foram respeitadas “*condições substancialmente idênticas às estabelecidas no concurso*”.

Na deliberação camarária de 17 de Setembro de 2003 que autorizou a adjudicação da empreitada em causa por ajuste directo determinava-se que este respeitasse condições substancialmente idênticas às estabelecidas no concurso limitado com apresentação de candidaturas que lhe antecederam e que, na mesma deliberação fora declarado extinto.

Só que os factos apurados revelam que tal determinação e, consequentemente, o disposto na parte final da alínea a) do n.º 1 do art.º 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (norma invocada como permissiva do ajuste directo), não foram cumpridos.

Enquanto no concurso se exigia que o equipamento especial de corte fosse propriedade dos concorrentes, no ajuste directo aceitou-se que o adjudicatário apresentasse equipamento pertencente a outro empreiteiro “*que colaboraria com ele na execução da empreitada*”.

E a detenção de equipamento próprio pelo empreiteiro era, efectivamente, uma condição substancial de participação no concurso. Para que assim se conclua basta, tão só, recordar que foi a falta de preenchimento daquele condicionalismo que levou à exclusão dos dois candidatos que pediram a participação no concurso limitado, um deles a agora adjudicatária.

Com tal procedimento foi violada a parte final da alínea a) do n.º 1 do art.º 136.º do Decreto-lei n.º 59/99 que admite o ajuste directo “*quando em concurso em*



Tribunal de Contas

concurso... limitado aberto para a adjudicação da obra não houver sido apresentada nenhuma... proposta adequada... e o contrato se celebre em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso”.

Improcede, também, este argumento.

*

Fazendo uma síntese do procedimento que precedeu a adjudicação seguido pela C.M.L. constata-se:

Que no concurso limitado (cuja adopção não é já sindicável, como se referia no acórdão recorrido) foram feitas exigências aos concorrentes no que respeita à demonstração da sua capacidade técnica violadoras das normas respeitantes a tal matéria;

No ajuste directo que se lhe seguiu, como que querendo corrigir aquela ilegalidade, cometeu-se outra, agora insanável.

Em conclusão, o comportamento procedimental da C.M.L. resultou na ausência de procedimento pré-adjudicatório legalmente correcto e válido que seria a abertura de um concurso público ou, porventura, de novo concurso limitado com publicação de anúncio expurgado da exigência ilegal que era feita no, entretanto, declarado extinto.

Bem andou, pois, o acórdão recorrido.

5. Pelos fundamentos expostos, acorda-se, em Plenário da 1ª Secção, em negar provimento ao recurso, manter na integra o acórdão recorrido e, conseqüentemente, recusar o visto ao contrato em questão.



Tribunal de Contas

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, 30 de Novembro de 2004.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)

(Cons. Lídio de Magalhães)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)