



ACÓRDÃO Nº 6 /10 – 09. MAR. 2010 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 21/2009

(Proc. nº 946/09)

DESCRITORES: Empreitada de obras públicas.

Propostas com preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso.

Não adjudicação e interrupção do concurso (art. 107º, do DL nº 59/99 de 2 de Março).

Ajuste directo (art. 136º, nº1, al. a) do DL nº59/99 de 2 de Março).

Contrato celebrado em condições não substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos de concurso.

SUMÁRIO: I – Nos termos do nº1, al. b), do artigo 107º do DL nº 59/99 de 2 de Março, o dono da obra não pode adjudicar a empreitada, quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso;

II - Tendo sido interrompido um concurso nos termos do artigo 107º, nº3, do DL nº 59/99 de 2 de Março, só é admissível recorrer ao ajuste directo, nos termos do artigo 136º, nº1, al. a) do mesmo diploma legal, quando, tendo-se verificado o condicionalismo previsto no ponto anterior, o contrato se celebre em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso;

III – Para efeitos do disposto no artigo 136º, nº1, al. a), do DL nº 59/99 de 2 de Março, o contrato não se celebra em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso, - o que impede o recurso ao ajuste directo - quando tal contrato contempla alterações arquitectónicas, alterações estruturais, soluções de concepção diversas, alterações significativas em vãos metálicos, alterações nas



fachadas, nos acabamentos, nos revestimentos e nas impermeabilizações, bem como na arquitectura paisagística, relativamente às condições estabelecidas para efeitos do concurso que foi interrompido.

IV – Tendo em conta o valor da adjudicação (€ 4.443.000,00), e não sendo admissível o recurso ao ajuste directo, - por se não verificar a identidade das condições previstas na al. a) do nº1, do artigo 136º, do citado DL nº 59/99, - a não realização de um concurso público, ou de um concurso limitado com prévia qualificação – como exigido pelo artigo 19º, al. b), do Código dos Contratos Públicos (CCP), já vigente à data em que foram efectuados os convites para efeitos do ajuste directo – acarreta a nulidade do acto procedimental em que assentou o contrato, bem como a nulidade deste, nos termos do artigos 133º, nº1 do Código do Procedimento Administrativo e 283º, nº1, do CCP.

V – A existência de nulidade constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto no artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



ACÓRDÃO N° 6 /10 – 09.MAR.2010 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 21/2009

(Proc. n° 946/09)

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário:

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a **Universidade de Évora** do Acórdão n° 135/09, de 7 de Julho de 2009, da 1ª Secção deste Tribunal, em subsecção, proferido no Processo n° 946/2009, e que recusou o visto ao contrato de empreitada para “Reabilitação da Antiga Fábrica dos Leões, Complexo de Arquitectura e Artes Visuais da Universidade de Évora”, celebrado entre a referida Universidade e o consórcio formado pelas empresas “*Arlindo Correia & Filhos, SA*” e “*O Feliz - Metalomecânica, SA*”, pelo valor de 4.443.000,00 acrescido de IVA.

Tal decisão foi proferida com fundamento no disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, em virtude de se não verificar o condicionalismo exigido pelo artigo 136º, nº1, al. a) do DL nº 59/99 de 2 de Março, para a possibilidade de recurso a um procedimento por ajuste directo, pelo que foi omitida a realização de concurso público, que, sendo obrigatório, originava a nulidade do acto procedimental em que assentou o contrato, nos termos do artigo 133º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e a nulidade do contrato de acordo com o artigo 283º, nº1 do Código dos Contratos Públicos (CCP).



2. Nas suas alegações de recurso, conclui a recorrente:

- 1ª – Por aviso publicado em Diário da República de 01.08.2008 e publicitado em 3 jornais, bem como no Jornal Oficial da União Europeia foi aberto Concurso Público para a obra de Reabilitação da Antiga Fábrica dos Leões, Complexo de Arquitectura e Artes Visuais da Universidade de Évora – II Fase com o preço base de 4.450.000,00 €;*
- 2ª - Não foi apresentada nenhuma proposta adequada, por todas elas apresentarem preço superior ao preço base;*
- 3ª – Na sequência do que a Universidade de Évora interrompeu o concurso nos termos da alínea b) do nº1 do art. 107º do Dec-Lei nº59/99, de 2 de Março;*
- 4ª – A Universidade de Évora optou então por lançar um procedimento por ajuste directo nos termos da al. a) do nº1 do art.136º do DL nº 59/99;*
- 5ª – Na sequência do referido procedimento foi celebrado contrato entre a universidade de Évora e as empresas ARLINDO CORREIA & FILHOS, SA e O FELIZ – METALOMECÂNICA, SA, para execução da obra referida na conclusão 1ª;*
- 6ª – O referido contrato foi sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, tendo o visto sido recusado por o Tribunal ter entendido que as alterações introduzidas ao projecto consubstanciam um projecto autónomo, modificado, com soluções de concepção distinta do projecto inicial e que, por isso, deveria ter sido objecto de nova aprovação e de novo procedimento concursal, que não o ajuste directo;*
- 7ª – A decisão de recusa de visto resulta de se ter entendido que as alterações introduzidas ao projecto entre o concurso público e o procedimento por ajuste directo consubstanciam um novo projecto e, conseqüentemente,*



inexiste identidade de condições a que alude a al.a) do nº1 do art. 136º do DL nº 59/99;

8ª – O que, segundo a decisão recorrida, afecta o contrato sujeito a visto de nulidade;

9ª – As alterações efectuadas não originaram um novo projecto, mas sim uma simplificação do mesmo;

10ª – As alterações no Corpo E do edifício em causa (Corpo este já existente e a recuperar) foram, resumidamente, as seguintes:

- não execução de novo acesso às cotas superiores;*
- não execução de ‘passerelles’ de ligação à escada nova;*
- não execução de vãos interiores;*
- não reposição de novos vãos exteriores;*
- exclusão das infra-estruturas referentes a este espaço;*
- exclusão de mobiliário.*

11ª – No que concerne, ainda no Corpo E, à respectiva fenestração foram anulados dois vãos inicialmente previstos, uma vez que tinha sido anulado o espaço que os mesmos se destinavam a iluminar;

12ª – Todos os restantes vãos exteriores foram mantidos neste Corpo;

13ª – As alterações no Corpo F (construção nova) consistiram apenas na anulação de alguns vãos exteriores não essenciais e na construção de um anexo enterrado, alteração esta que poderia ter sido analisada e decidida no decorrer da empreitada, dada a pouca relevância da mesma;

14ª – As alterações no Corpo Co (construção nova) consistiram na retirada de alguns vãos exteriores de escassa relevância na configuração dos espaços e sem influência na funcionalidade dos mesmos;



- 15ª – *A redução, neste Corpo, do número de clarabóias teve por base o diferente espaçamento adoptado entre as mesmas, que continuam tal como inicialmente a preencher toda a extensão dos tectos dos espaços oficiais;*
- 16ª – *Relativamente aos espaços exteriores as modificações restringiram-se a alteração do tipo de acabamentos de elementos metálicos e guardas e corrimãos (de aço inox para aço pintado) e na alteração da quantidade de pedra existente para reutilização em pavimentos de calçada, reduzindo a área de pedra nova necessária;*
- 17ª – *As modificações supra descritas resumem-se a alterações de quantidades ou anulação de trabalhos previstos;*
- 18ª – *Não foram introduzidos trabalhos de natureza distinta dos previstos no projecto inicial;*
- 19ª – *As alterações introduzidas não põem em causa os pareceres já obtidos e reduzem até os graus de risco analisados, nomeadamente de evacuação de saídas de emergência em caso de incêndio;*
- 20ª – *Isto é, o projecto revisto mantém os mesmos princípios de funcionalidade, as mesmas características arquitectónicas, o mesmo tipo de soluções construtivas e de materiais e o mesmo sistema de infra-estruturas;*
- 21ª – *A situação supra descrita integrava a previsão da norma da al. a) do nº1 do art. 136º do RJEOP (DL 59/99), que permitia o recurso ao ajuste directo quando no Concurso público não tivesse sido apresentada qualquer proposta adequada;*
- 22ª – *O contrato sujeito a fiscalização prévia foi celebrado em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos de concurso;*



23ª – *Consequentemente, o contrato sujeito a visto prévio não é nulo;*

24ª – *Decidindo como decidiu o Acórdão recorrido violou o nº3 do art. 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto e a al. a) do nº1 do art. 136º do Dec-Lei nº 59/99 de 2 de Março;*

25ª – *Deve, pois, ser revogado, proferindo-se decisão de visto.*

3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que o recurso não merece provimento.

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

II – MATÉRIA DE FACTO

Tendo em conta o que consta do Acórdão recorrido, bem como das diligências efectuadas nos termos dos artigos 99º, nº1 e 100º, nº2 da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, considera-se assente a seguinte matéria de facto:

A) Por despacho de 29 de Julho de 2008, o Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior aprovou o projecto de execução e autorizou a abertura do concurso público para a realização da empreitada de “Reabilitação da Antiga Fábrica dos Leões, Complexo de Arquitectura e Artes Visuais da Universidade de Évora – II Fase”, referindo que “... 2. *Os trabalhos a mais, erros e omissões que venham a registar-se, deverão ser compensados com trabalhos a menos ou suportados por receitas próprias.*”;

B) Por aviso publicado no *Diário da República* de 1 de Agosto de 2008, e publicitado nos jornais *Diário do Sul*, *Público* e *Diário de Notícias*, bem como no *Jornal Oficial da União Europeia*, foi aberto concurso público para a obra, com o preço base de € 4.450.000,00;



C) Ao concurso foram apresentadas e admitidas 5 propostas base e 5 propostas condicionadas;

D) O valor das propostas variava entre 4.955.792,28 € e 5.499.920,00 €, excedendo o valor do preço base entre 11,14 % (proposta de valor mais baixo) e 23,60% (proposta de valor mais elevado);

E) Em 3 de Outubro de 2008, a Vice-Reitora elaborou informação onde se referia, designadamente, o seguinte:

“... atendendo a que a Universidade de Évora não prevê dispor de financiamento que garanta a execução integral da empreitada, bem como do seu apetrechamento, quer considerando os valores candidatos no total do projecto (6.025.162,95 €), quer considerando as receitas próprias disponíveis, decidiu interromper o referido procedimento concursal, em conformidade com o disposto na al. b) do nº1 do art. 107º do Dec-Lei nº 59/99 de 2 de Março, publicitando o referido acto e notificando nos mesmos termos todos os concorrentes.

De acentuar que a adjudicação em valor superior ao candidatado e ao autorizado pela tutela, poderia resultar em graves prejuízos, mormente financeiros, para a Universidade de Évora, isto é, para o bem público, e consequentemente colocar em risco a globalidade do empreendimento, dado que as duas fases se complementam nas suas diversas funcionalidades.

Mantendo-se, no entanto, a decisão de contratar, deverá assim, proceder-se à abertura de novo procedimento ao abrigo da al. a) do art. 136º do mesmo diploma legal, na medida em que o contrato a celebrar não diverge do contrato que se pretendia celebrar no anterior procedimento.”

F) Em 7 de Outubro de 2008, o Reitor da Universidade de Évora notificou os concorrentes da interrupção do concurso. Referiu-se nessa notificação:

“... Verificando-se que todas as propostas ofereceram preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso, não dispõe a Universidade de Évora de financiamento compatível. Considerando-se que irá proceder-se a uma análise do Projecto com vista a recomençar os procedimentos do concurso, caso em que se notificarão todos os concorrentes, nos termos do disposto no nº3



do art.107º do citado diploma, determino, ao abrigo do disposto no art. 107º do Decreto-Lei nº 59/99 de 02 de Março, a interrupção do referido concurso.”;

- G)** Em 31 de Outubro de 2008, foi publicado no *Diário da República* um anúncio do mesmo teor, também enviado para o *Jornal Oficial da União Europeia*;
- H)** Em 12 de Novembro de 2008, a empresa “*Novopca Construtores*” enviou uma carta ao Reitor da Universidade de Évora, em que solicitou ser notificada do recomeço do procedimento a fim de poder apresentar a sua proposta, referindo nessa carta:

Relevamos que efectuámos o levantamento das peças concursais no referido Concurso Público Internacional e que, depois da sua análise e estudo, concluímos que não nos seria possível, objectivamente, apresentar uma proposta que satisfizesse o pretendido por V. Exas. no Caderno de Encargos e, ao mesmo tempo, se ativesse ao valor base estabelecido nas mesmas peças concursais.

O desenvolvimento daquele procedimento veio a dar-nos razão, pois também os outros concorrentes não foram capazes de apresentarem propostas que respeitassem, ou se aproximassem, do preço base do concurso, o que determinou que V. Exas. o tivessem interrompido, precisamente com o fundamento de que todas as propostas apresentadas haviam oferecido preço total consideravelmente superior ao preço base do Concurso.

Perante o anúncio de que V. Exas. irão rever o projecto posto a Concurso, estamos interessados em continuar no Concurso, através não só do recebimento da notificação do recomeço do procedimento, o que acima solicitámos, mas também através da apresentação de proposta que possa vir a respeitar o preço base pretendido por V. Exas., face à revisão do projecto que se propõem levar a cabo.”;

- I)** Em 18 de Novembro de 2008 foi remetido convite para apresentação de proposta às empresas concorrentes àquele concurso, e ainda à empresa *Novopca*; ¹

¹ Vide fols. 40 e segs. dos autos.



- J)** No convite referido na alínea anterior, estabeleceu-se que o preço base fixado para o novo procedimento era igual ao que tinha sido fixado para o concurso (€ 4.450.000,00) e que prazo de execução da obra era de 360 dias, a contar da consignação;
- K)** Por despacho de 10 de Março de 2009, o referido Ministro delegou poderes nos Reitores das Universidades, incluindo no da Universidade de Évora, nomeadamente quanto à contratação, adjudicação e autorização de despesas inerentes a empreitadas de obras públicas, mas *“com exclusão da aprovação de programas preliminares e de projectos de execução”*;
- L)** Em 11 de Março de 2009, o Reitor procedeu à homologação do relatório de análise das propostas, adjudicando a empreitada ao consórcio formado pelas empresas *“Arlindo Correia & Filhos, SA”* e *“O Feliz-Metalomecânica, SA”*, pelo valor de 4.443.000,00 €;
- M)** A consignação da obra ocorreu em 27 de Abril de 2009;²
- N)** Segundo a cláusula 3ª do contrato que foi submetido a fiscalização prévia, o prazo de execução da empreitada é de 199 dias, contados da data da consignação;
- O)** Tendo sido questionada sobre as alterações introduzidas no projecto e no caderno de encargos da obra, relativamente ao projecto e caderno de encargos do concurso aberto em 1 de Agosto de 2008, a Universidade de Évora informou pelo ofício nº 75/VR.AB/2009, de 1 de Julho de 2009:
- “... As alterações introduzidas no projecto são as que constam do anexo 1, que visavam no essencial corrigir erros e omissões entretanto detectadas no projecto, assim se evitando o decurso do procedimento previsto nos arts.14º e seguintes do RJEOP (DL nº 59/99). Consequentemente, a única alteração ao caderno de encargos foi a correspondente à correcção das medições.”*

² Ide fols. 125 dos autos.



P) Colhido parecer técnico de engenharia, no âmbito dos Serviços de Apoio do Tribunal de Contas, sobre as alterações elencadas no anexo 1 ao ofício referido na alínea anterior, foi o mesmo do seguinte teor:

*“... da análise qualitativa do conteúdo dessa relação – **anexo 1** – pode concluir-se, sem margem para dúvidas, que as alterações ali descritas, ao nível da “**Arquitectura**”, consubstanciam, de facto, um projecto de alterações, autónomo, a justificar, tecnicamente, uma aprovação específica, por parte das entidades licenciadoras – no caso, o Ministro da tutela, à semelhança do que é exigido correntemente, por exemplo, das Câmaras Municipais na sua actividade de licenciamento, enquadrado pela legislação aplicável (Decreto-Lei nº 555/99 de 16 de Dezembro, na redacção que lhe foi conferida pela Lei nº 60/2007, de 4 de Setembro e Portarias aplicáveis, Portaria nº 232/2008 de 11 de Março e outras). O mesmo se podendo afirmar quanto às Alterações **Estruturais**, por implicarem soluções (ainda que localizadas) de concepção distinta do processo inicial.*

(...)

Concretamente, a título de alterações elencadas, e, de entre algumas mais significativas, verifica-se o seguinte:

*- são referidas alterações significativas nos **vãos metálicos**, tanto por serem simplesmente retirados como por passarem a funcionar de modo diverso, o que altera, sem dúvida, a fenestração inicial, mas também as fachadas de algumas zonas da obra, com as inerentes alterações induzidas, por exemplo no cálculo de áreas de iluminação/ventilação naturais, da caracterização térmica, etc. (por exemplo, na Livraria e Reprografia, no átrio de Exposições, na Biblioteca, na Mediateca, etc.);*

*- foram alterados, também, diversos **acabamentos** previstos inicialmente, passando, agora, a ser “estruque+pintura”, o que é significativo, não apenas em termos de solução estética mas também pela repercussão noutras especialidades complementares do projecto;*

*- foram retirados **revestimentos** de fachadas (na Mediateca e nos pisos 3 e 4, por exemplo) e **impermeabilizações** de terraços e cúpulas, desconhecendo-se em que grau e se foram substituídos por*



outra solução, o que remete para uma descaracterização acentuada de aspectos essenciais previstos no projecto inicial;

- idem, a retirada simples de trabalhos de demolição do elevador, de introdução de uma nova guarda, de um (novo) elevador, de acabamentos em paredes, pavimentos e tectos, de um passadiço de emergência, etc. nos pisos 3, 4 e 5, o que, analogamente, descaracteriza o projecto inicial;

- Nas Coberturas, foram também retirados alguns trabalhos importantes – por exemplo, retirada de aberturas e de 49 clarabóias – o que é, pelo menos, significativo enquanto consubstanciador de um projecto diferente;

Ibidem, quanto às alterações nas Fachadas, indutoras de uma descaracterização significativa da solução inicial;

*- Em termos **Estruturais**, assume especial relevância a alteração que consiste na “introdução de três novas paredes estruturais enterradas a formar a área técnica nova”. E, também, todas as remoções de lajes de piso e de escadas referidas na relação;*

*- a redução da área de pavimentação em calçada irregular de granito, dos iniciais 3871,70 m² para 2786,60 m², na parte da **Arquitectura Paisagista**. ”*

Q) Questionada sobre a razão por que a revisão do projecto não foi objecto de nova aprovação ministerial, a Universidade respondeu pelo ofício indicado na alínea **O)**:

“... Atendendo a que o projecto se manteve, apenas foi pontualmente corrigido, entendeu-se que se mantinha válida a aprovação ministerial dada por despacho de 29.07.2008, do Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior;

R) Face às alegações produzidas pela recorrente, o Exm^o Magistrado do Ministério Público, no parecer emitido nos termos do artigo 99^o, n^o1, da Lei n^o 98/97 de 26 de Agosto, suscitou a questão da caracterização das alterações introduzidas pela recorrente no projecto inicial, tendo em conta o parecer pericial produzido antes da prolação do acórdão



recorrido e neste citado, propondo a obtenção de “novo parecer pericial de engenharia civil” que contemplasse aquelas alterações, parecer esse a ser elaborado por um perito em engenharia civil diverso daquele que havia produzido o anterior;

S) Depois de colhidos os elementos de suporte à análise das questões técnicas, designadamente as peças desenhadas e informação integrada, veio a ser produzido o parecer técnico de fols. 57 e segs. dos autos, - elaborado por um perito em engenharia deste Tribunal, diferente daquele que subscrevera o parecer mencionado na alínea P) - que, quanto à questão suscitada pelo Exmº Magistrado do Ministério Público, se pronuncia, essencialmente, nos seguintes termos:

“...9. Atendendo às alterações efectuadas ao projecto inicial, ... procedeu-se à consulta dos orçamentos do projectista (do que serviu para o cálculo do preço base do concurso público internacional e do corrigido com estas alterações), verifica-se que para cada um dos capítulos previstos na empreitada, as estimativas são as seguintes:

<i>Capítulos</i>	<i>Orçamento inicial (euros)</i>	<i>Orçamento corrigido (euros)</i>	<i>Desvio dos Orçamentos (%)</i>
<i>0.ESTALEIRO</i>	<i>43.500,00</i>	<i>155.500,00</i>	<i>257,47</i>
<i>1.ARQUITECTURA.</i>	<i>1.044.286,50</i>	<i>1.172.087,30</i>	<i>12,24</i>
<i>2.ESTRUTURAS – FASE II</i>	<i>1.485.819,69</i>	<i>1.344.861,21</i>	<i>-9,49</i>
<i>3.DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUAS E DRENAGEM DE ÁGUAS RESIDUAIS</i>	<i>156.467,55</i>	<i>156.467,10</i>	<i>0,00</i>
<i>4.INSTALAÇÕES ELÉCTRICAS E ELEVADORES</i>	<i>344.676,50</i>	<i>358.468,50</i>	<i>4,00</i>
<i>5.AVAC</i>	<i>529.616,51</i>	<i>527.670,83</i>	<i>0,37</i>
<i>6.SISTEMA SOLAR</i>	<i>451.560,00</i>	<i>325.560,00</i>	<i>-27,90</i>



FOTOVOLTAICO			
REDE DE GÁS		7.517,90	
7.PAISAGISMO	395.260,24	373.746,98	-5,44

... 10. Em relação às modificações ao projecto atrás descritas, resumem-se não só a alterações de concepção, que implicaram ‘a alteração de quantidades, a substituição de soluções por outras equivalentes, ou a anulação de um único espaço do programa funcional (sala da associação de estudantes),’ mas também implicações noutras especialidades complementares do projecto.

11. As alterações mais significativas ao nível da “**Arquitectura**” são, em síntese, as efectuadas designadamente:

- No Corpo E, com a anulação da intervenção no topo superior dos silos existentes (não execução de novo acesso às cotas superiores; não execução de “passerelles” de ligação à escada nova; não execução de vãos interiores; não reposição de novos vãos exteriores; exclusão das infra-estruturas referentes a este espaço e exclusão de mobiliário);
- No Corpo F, com a anulação de vãos exteriores e da construção de um anexo enterrado para apoio técnico.

12. Como **alterações estruturais** destacam-se as realizadas no Corpo F (com a introdução de três novas paredes estruturais enterradas a formar a área técnica nova) e no Corpo E (com todas as remoções de lajes de piso e de escadas referidas), que implicaram soluções de concepção distinta do projecto inicial.

13. Em relação ao capítulo de “**Arquitectura Paisagística**”, onde se apurou um decréscimo de 41,42% nas propostas do adjudicatário, destaca-se a redução da área de pavimentação, em calçada irregular de granito, de 3 871,70 m² previstos para 2 786,60 m², cujo valor inicial era de 85.796,87 € e passou para 29.259,30 € (art.1.3.1.1).



(...)

As alterações em causa, que de acordo com o dono da obra “visavam no essencial corrigir erros e omissões entretanto detectados no projecto”, deveriam ter sido acauteladas antes do procedimento inicial, uma vez que se trata de uma empreitada por “série de preços” e, dificilmente se poderia garantir que as quantidades de trabalhos efectivamente executadas em obra fossem as previstas/estimadas na Lista de Preços Unitários;

O dono da obra não se mostrou diligente, ao não ter procedido, como deveria, à revisão e aprovação do projecto inicialmente posto a concurso internacional;

*Apesar das alegações apresentadas pela entidade recorrente referirem que “as alterações efectuadas não deram origem a um novo projecto mas sim a uma simplificação do mesmo (...) resumem-se a alterações de quantidades ou anulação de trabalhos previstos”, bem como a memória descritiva do projectista informar que “as modificações ao projecto atrás descritas resumem-se a alterações de quantidades ou anulação de trabalhos previstos, de modo a reduzir o valor total da empreitada a contratar pela EU”, **o preço base foi o mesmo nos dois procedimentos (4.450.000 euros) ...**”.*

- T)** Notificado, ao Magistrado do Ministério Público, o parecer referido na alínea anterior, veio este a produzir novo Parecer, no qual conclui no sentido de que o recurso não merece provimento;³
- U)** Notificados, à recorrente, os pareceres mencionados nas alíneas **S)** e **T)** antecedentes, veio a Universidade de Évora remeter a resposta que consta de fols. 84 e segs. dos autos, e que se dá aqui por inteiramente reproduzida, onde, para além de juntar uma Informação Técnica dos Projectistas, e de referir que a obra a que respeita o contrato de empreitada submetido a fiscalização prévia não foi inaugurada em 15-07-2009, como se diz no parecer técnico constante da alínea **S)** e no parecer mencionado na alínea **T)**, veio, no que concerne à

³ Vide fols. 75 e segs. dos autos.



caracterização das alterações introduzidas no projecto inicial, repetir, de um modo geral, o que havia referido no ofício mencionado na alínea **O**), acrescentando que “...*Em termos de projecto, as modificações necessárias resumiram-se maioritariamente à reformulação das quantidades previstas no Mapa de Trabalhos e Quantidades, dado que os trabalhos retirados ou modificados são de natureza idêntica aos restantes previstos...*”.

III – O DIREITO

1. Como emerge do que acima se disse, nas **partes I e II**, e, designadamente, da matéria de facto dada por assente, o Acórdão recorrido recusou o visto ao presente contrato, nos termos do artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, por ter considerado que a Universidade de Évora violou o disposto no artigo 136º, nº1, al. a), do DL nº 59/99 de 2 de Março, em virtude de se não verificar o condicionalismo exigido por este normativo, para a possibilidade de recurso a um procedimento por ajuste directo. Daqui resulta que foi omitida a realização de concurso público, que, sendo obrigatório, origina a nulidade do acto procedimental em que assentou o contrato, nos termos do artigo 133º, nº1, do CPA, e a nulidade do contrato, de acordo com o artigo 283º, nº1, do CCP.

2. Na contratação pública, o regime regra da escolha do co-contratante particular, na realização de despesas públicas, em geral, e na celebração dos contratos de empreitada de obras públicas, em particular, é o *concurso público*, de harmonia com o disposto no artigo 183º do CPA, bem como no artigo 47º, nº1, do DL nº 59/99 de 2 de Março.⁴

E o concurso público é o regime regra da escolha do co-contratante particular, porque essa é a melhor forma de promover a concorrência e de observar os demais princípios que regem a contratação pública e que se encontram consagrados nos artigos 7º a 15º do DL nº 197/99 de 8 de Junho,

⁴ A situação *sub judice* desenvolve-se no quadro normativo constante do DL nº 59/99 de 2 de Março e do DL nº 197/99 de 8 de Junho, na parte aplicável.



Tribunal de Contas

aplicável às empreitadas de obras públicas *ex vi* do artigo 4º, nº1, al. a) do mesmo diploma legal.

Outra regra básica é a estabelecida no artigo 48º do DL nº 59/99 de 2 de Março, onde se define o procedimento pré-contratual a adoptar, em função do valor estimado do contrato.

O **ajuste directo**, ao abrigo do disposto no artigo 136º, nº1, al. a) do DL nº 59/99 de 2 de Março, assume-se, assim, como uma excepção a essas regras.

E, por se tratar de uma excepção à regra geral, a lei, quando o admite, rodeia-o de fortes condicionalismos e submete-o a apertados requisitos.

Ora, como se referiu atrás, o contrato que foi submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, pela Universidade de Évora, foi celebrado após um procedimento por ajuste directo, ao abrigo do disposto no artigo 136º, nº1, al. a) do DL nº 59/99 de 2 de Março.

De acordo com o estipulado pelo artigo 136º, nº1, al. a), do citado diploma legal, o ajuste directo é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, no caso de, em concurso público, ou limitado, aberto para a adjudicação de uma obra, não ter sido apresentada nenhuma proposta, ou qualquer proposta adequada, por se verificarem as situações previstas nas alíneas b), c), e) e f) do nº1, do artigo 107º do DL nº59/99 e o contrato se celebre em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso.

3. No caso em apreço, e como se retira da matéria de facto dada por assente, decorreu um concurso público internacional para a realização da obra de "Reabilitação da Antiga Fábrica dos Leões, Complexo de Arquitectura e Artes Visuais da Universidade de Évora", concurso esse a que se apresentaram cinco empresas e cujas propostas continham valores que excediam o valor do preço base do concurso.

Face a esta circunstância, o Reitor da Universidade de Évora "interrompeu" o concurso, invocando o disposto no artigo 107º, nº1, al. b) do mesmo DL nº 59/99 de 2 de Março.

Estabelece este normativo que "*O dono da obra não pode adjudicar a empreitada quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso.*".



Há que observar, contudo, o que estabelece o nº3, deste normativo.

Ora, o nº3, do mesmo artigo 107º, dispõe que “*Nos casos em que tenha decidido interromper o concurso, o dono da obra tem a faculdade de recomeçar os procedimentos do concurso, devendo, neste caso, notificar todos os concorrentes dessa decisão, bem como dos respectivos fundamentos.*”.

Assim, este dispositivo legal, ao afirmar que o dono da obra, em caso de interrupção do concurso, tem a *faculdade* de recomeçar os trabalhos, só pode significar que o dono da obra também pode não os recomeçar.

3. 1. No caso vertente, e como resulta da matéria de facto dada por assente, o dono da obra decidiu interromper o concurso e, não o recomeçando, optou por lançar mão de um procedimento por *ajuste directo*, de acordo do artigo 136º, nº1, al. a), do citado diploma legal.

Todavia, para que seja admissível o ajuste directo, seja qual for o valor estimado do contrato, necessário é que o contrato se celebre *em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso*, situação que se analisará de seguida.

4. Como se mostra da alínea **F)** do probatório, a Universidade de Évora, ao notificar os concorrentes da interrupção do concurso, referiu que iria proceder a uma análise do projecto, com vista a recomeçar os procedimentos do concurso.

Ora, como se vê das alíneas **O)** e **P)** do probatório, foram introduzidas alterações no projecto inicial da obra, o que veio a estar na base da consulta realizada no âmbito do ajuste directo a que se procedeu.

O Acórdão recorrido considerou que as alterações introduzidas foram significativas, designadamente, nos vãos metálicos, nos acabamentos, nos revestimentos de fachadas, na impermeabilização de terraços e cúpulas, nas coberturas, nas lajes de piso, na pavimentação e nas paredes estruturais.

Mais considerou o mencionado aresto que essas alterações consubstanciam um projecto autónomo, modificado, com soluções de



Tribunal de Contas

concepção distinta do projecto inicial e que, por isso, deveria ter sido objecto de uma nova aprovação.

Assim, ao basear-se num projecto modificado, a consulta efectuada, com vista ao ajuste directo, incidiu sobre uma obra com um objecto diverso daquele que foi colocado a concurso em 1 de Agosto de 2008.

Por isso, as condições estabelecidas para o ajuste directo não foram substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso, até porque, sendo modificado o projecto, foi mantido o preço base de € 4.450.000,00.

Deste modo, entendeu a decisão recorrida que não podia a Universidade de Évora ter recorrido a um procedimento por ajuste directo, dado não estarem preenchidos os requisitos previstos no artigo 136º, nº1, al. a) do DL nº 59/99 de 2 de Março.

Nessa medida, e face ao valor da adjudicação, deveria esta ter sido precedida de concurso público.

Por outro lado, estando em causa um novo procedimento, e estando já em vigor o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, deveria ter tido lugar um concurso público ou um concurso limitado por prévia qualificação, nos termos do artigo 19º, alínea b) do mesmo Código.

Tendo sido omitida a realização do devido concurso - que era obrigatório - tal falta acarreta a nulidade do acto procedimental em que assentou a celebração do contrato, bem como a nulidade do contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1, do CPA e 283º, nº1, do CCP.

5. Nas suas alegações de recurso sustenta a Universidade de Évora que não se trata de um projecto autónomo, mas, ao invés, de um projecto simplificado, em que as alterações introduzidas no projecto inicial se resumem a alterações de quantidades ou anulação de trabalhos previstos, sem que tenham sido introduzidos trabalhos de natureza distinta dos previstos inicialmente.

Assim, o contrato teria sido celebrado em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso.



6. Porque se tratava de uma questão fulcral para a solução jurídica a encontrar para o presente recurso, foi ordenada a recolha de um parecer técnico elaborado por um perito em engenharia civil diverso daquele que emitira o parecer técnico que foi levado em conta na decisão recorrida.

Ora, como se mostra da matéria de facto dada por assente na alínea **S)** do probatório, as modificações introduzidas ao projecto inicial da obra aqui em causa, além de corporizarem alterações de concepção – que implicaram alteração de quantidades, a substituição de soluções por outras ou a anulação de um único espaço do programa funcional – também tiveram implicações em outras especialidades complementares do projecto.

Na verdade, para além das significativas alterações introduzidas ao nível da **Arquitectura**, nos Corpos E e F, verifica-se que foram insertas **alterações estruturais** nos mesmos Corpos E e F e que, em relação à **Arquitectura Paisagística**, também ocorreram modificações sensíveis, traduzidas numa redução da área de pavimentação, em calçada irregular de granito.

Estas alterações, que, segundo a dona da obra, visavam, essencialmente, corrigir erros e omissões detectados no projecto, deveriam ter sido acauteladas antes do procedimento concursal inicialmente levado a cabo, já que, tratando-se de uma empreitada “por série de preços”, dificilmente se poderia garantir que as quantidades de trabalhos efectivamente executadas em obra, fossem as estimadas na Lista de Preços Unitários.

Daqui resulta que o contrato cuja apreciação, em sede de fiscalização prévia, foi objecto da decisão recorrida, não foi celebrado em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso.

Assim, não podendo dar-se como verificada a identidade de condições exigida pelo artigo 136º, nº1, al. a) do DL nº 59/99 de 2 de Março, não era possível o recurso ao procedimento por ajuste directo, como sucedeu.

Por outro lado, atendendo ao valor da adjudicação (4.443.000,00 €), deveria esta ter sido precedida de um procedimento de concurso e ter por base um projecto sujeito a nova aprovação.



Tribunal de Contas

Além disso, e uma vez que à data em que foram efectuados os convites, para efeitos do ajuste directo, já estava em vigor o Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, deveria ter realizado um concurso público, ou um concurso limitado por prévia qualificação, nos termos do artigo 19º, alínea b), do mesmo Código.

Nesta conformidade, bem andou o Acórdão recorrido ao considerar que foi omitida, ilegalmente, a realização do devido concurso, e que tal omissão origina a nulidade do acto procedimental em que assentou a celebração do contrato, bem como a nulidade deste, nos termos estabelecidos nos artigos 133º, nº1, do CPA e 283º, nº1, do Código dos Contratos Públicos.

Tal nulidade é, como decidiu o mesmo Acórdão, fundamento de recusa de visto, de harmonia com o disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao recurso e em confirmar a decisão recorrida.

São devidos emolumentos (artigo 16º, nº1, al. b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 9 de Março de 2009.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)



Tribunal de Contas

(José L. Pinto Almeida)

(António A. Santos Carvalho)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)