



“Transitou em julgado em 29/04/02”

ACORDÃO Nº 36 /2002- 9.Abr-1ªS/SS

Proc. Nº 361/02

1. A Direcção Regional das Instalações e Equipamentos da Saúde de Lisboa e Vale do Tejo remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o **Contrato de Empreitada de "Centro de Histocompatibilidade do Sul, construção do novo edifício, 2ª fase. Especialidades"**, celebrado com o consórcio **CONDAR – Condicionamento de Ar e Ventilação, Lda/SOTECNO GAIO – Sociedade Industrial Tecno-Eléctrica de Bacos de Gaio, Lda.**, pelo preço de **1.071.311,34 €**, acrescido de IVA.

2. Dos elementos constantes do processo, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:

- O contrato em causa foi precedido de concurso público cujo aviso de abertura foi publicado no Diário da República, III Série, de 14 de Dezembro de 2000;
- A empreitada é por preço global e tem o prazo de execução de 600 dias seguidos;
- O caderno de encargos comete ao empreiteiro a montagem e desmontagem do estaleiro [ponto 9.1.2. al. a)] sendo, porém, os respectivos custos da responsabilidade do dono da obra, mas constituindo um preço contratual unitário (ponto 9.1.3.);
- Porém, a proposta do adjudicatário, que integra o contrato em apreço, não apresenta destacado o preço unitário da montagem e desmontagem do estaleiro;
- No ponto 12 do programa do concurso vem estabelecido que *"o valor para efeito do concurso não é declarado"*.



Tribunal de Contas

3. Sobre a ausência de preço base do concurso, logo no ofício de remessa do contrato, os serviços esclarecem que *"relativamente à presente adjudicação e ao facto de o valor para efeitos de concurso não ter sido declarado, devemos esclarecer o seguinte:*

Face ao teor do acórdão nº 18/01, do Tribunal de Contas, publicado no Diário da República nº 94, II Série, de 21 de Abril de 2001, todos os concursos abertos posteriormente a esta data passaram a indicar o valor para efeito do concurso."

Confrontado o serviço com a situação relativa à não autonomização do preço da montagem e desmontagem do estaleiro, informou (ofício nº 789, de 14/3/2002) que *"pese embora o dono da obra não o tenha incluído, o concorrente quando se apresentou a concurso tem obrigatoriamente conhecimento do conteúdo do caderno de encargos e, por conseguinte, da sua obrigação de realização daqueles trabalhos preparatórios.*

Deveria assim ter apresentado esse preço, incluindo-o como preço contratual. Ao não o fazer, considerou o dono da obra que o mesmo se encontra diluído no preço total da empreitada."

4. Apreciando.

4.1.O nº 2, al. a) do artº 24º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março dispõe que *"constitui, (...) obrigação do empreiteiro, salvo estipulação em contrário, (...) a montagem, construção, desmontagem, demolição e manutenção do estaleiro"*.

Por sua vez, o nº 3 do mesmo preceito legal determina que *"os encargos relativos à montagem, construção, desmontagem e demolição do estaleiro são da responsabilidade do dono da obra e **constituirão um preço contratual unitário**".* (destaque nosso).

Pela factualidade descrita em **2.** constata-se o incumprimento do citado nº 3 do artº 24º do Decreto-Lei nº 59/99.



Tribunal de Contas

Esta ilegalidade, complementada com a diluição dos custos de montagem e desmontagem do estaleiro *"no preço total da empreitada"*, pode vir a alterar, agravando-os, os resultados financeiros finais do contrato.

Assim acontecerá se houver lugar à revisão de preços ou à realização de trabalhos a mais a preços contratados, já que os preços unitários que lhes serviriam de base de cálculo se encontram empolados com a diluição dos custos de montagem e desmontagem do estaleiro.

Tem sido este o entendimento e a jurisprudência do Tribunal em casos idênticos, como resulta do acórdão nº 25/99–23.Mar–1ªS/SS lavrado no processo nº 49 795/98 e publicado no Diário da República, II série, de 21 de Abril de 1999 e também no acórdão nº 4/2002-Jan.22.1ªS/PL, lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 54/2001.

4.2. O processo em apreço suscita outra questão, que importa esclarecer e precisar e que se sintetiza na seguinte interrogação: à face do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, nos procedimentos pré-contratuais, designadamente no concurso público, é ou não obrigatório a fixação e publicitação de preço base?

Embora o diploma legal citado não contenha qualquer norma que responda com clareza à questão, desde já nos pronunciamos com uma resposta afirmativa, ou seja, pela obrigatoriedade.

E pelas razões que a seguir se expendem.

Ao longo do articulado do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, com as alterações introduzidas pela Lei nº 163/99, de 14 de Setembro, que regula o regime jurídico das empreitadas de obras públicas e se aplica aos casos "sub iudice", aparecem por várias vezes referenciadas duas figuras que se confundem na sua natureza: o *"valor estimado do contrato"* (artºs 48º, nºs 1,2 e 3, 122º, 129º e 136º) e o *"preço base do concurso"* [artºs 48º, nº 3 al. a), 83º, nº 2 e 107º, nº 1 al. b)].

Para concluir pela identidade substancial dos dois conceitos basta atentar no nº 3, al. a) do artº 48º (os preceitos citados sem a indicação de diploma legal, pertencem ao Decreto-Lei



Tribunal de Contas

nº 59/99, de 2 de Março) que diz que, nas empreitadas por preço global, o "valor estimado do contrato" é "o preço base do concurso", entendendo-se, porém, a diferenciação, conforme resulta, desde logo, da al. b) do mesmo preceito (*"nos restantes tipos de empreitada - "por série de preços" e "por percentagem" -, o custo provável dos trabalhos estimados sobre as medições do projecto"*) pelo facto de ser diferente a determinação final e rigorosa do preço da empreitada, consoante esta seja por preço global, por série de preços ou por percentagem: no primeiro tipo o preço final está fixado com exactidão no contrato, pelo que é também possível fixar com precisão um preço estimado; nos outros dois, o preço estabelecido no contrato é passível de oscilações, para mais ou para menos, dependentes das medições efectuadas em obra e que podem não ser totalmente coincidentes com as efectuadas em projecto, donde, também no procedimento concursal seja mais correcto falar em valor estimado.

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

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

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

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

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

A primeira prende-se com a gestão financeira do serviço dono da obra, onde a fixação, o mais rigorosa possível, de uma estimativa de custos da empreitada é indispensável a uma correcta execução orçamental que, passa pela avaliação da capacidade financeira do serviço



Tribunal de Contas

para a realização da obra, deve evitar uma insuficiência de cabimento, ou permite a adoção atempada de medidas que colmatem a falta de cobertura orçamental se esta se verificar.

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

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

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

(..)

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

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

Então, pelo que decorre do artº 107º, nº 1 al. b), que estipula que *"o dono da obra não pode adjudicar a empreitada: b) quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso"*, não só a fixação como a publicitação daquele preço base (ou do valor estimado do contrato) reveste-se de capital importância. É que, com este elemento, ficam os convidados, potenciais concorrentes, a saber



Tribunal de Contas

que a proposta a apresentar se não pode afastar muito, em termos de preço, do valor ali fixado sob pena de, por imposição legal, não poder vir a ser adjudicada.

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

O que acaba de se dizer seria já suficiente para concluir, não só, pela obrigatoriedade da fixação e publicitação do preço base (ou o valor estimado do contrato), como também que o mesmo se apresenta como um dos elementos essenciais do concurso e, portanto, uma das condições substanciais que o configuram.

Mas, em reforço, diga-se que estas conclusões têm apoio expresso em textos legais reguladores do regime das empreitadas de obras públicas. A Portaria n° 104/01, de 21 de Fevereiro, aprovou, para o que agora interessa, os modelos tipo de "programa de concurso" e de "caderno de encargos". Ora, o Programa de Concurso (que, recorde-se, é um documento indispensável e integrador da fase de abertura dos concursos) aprovado por aquela portaria contém um n° 14 sob a epígrafe "Valor para o efeito do concurso" onde se dispõe que *"o valor para efeito do concurso é de (7) (por extenso), não incluindo o imposto sobre o valor acrescentado"*, esclarecendo a nota de rodapé que *"o valor para efeitos de concurso é, nas empreitadas por preço global, o preço base do concurso, nas empreitadas por série de preços, é o custo provável dos trabalhos estimados sobre as medições do projecto"*.

Fica, assim, demonstrada a relevância externa da fixação do preço base do concurso, ou do valor estimado do contrato, e, conseqüentemente, da obrigatoriedade da sua publicitação.

Pelo que acaba de se expor, tem que concluir-se que, ao não fixar um preço base para o concurso o serviço violou as normas legais antes citadas, sendo tal ilegalidade susceptível de afectar o resultado financeiro do contrato, sobretudo porque torna inviável a aplicação do



Tribunal de Contas

disposto no artº 107º, nº 1, al. b) que, além de ter, natureza inquestionavelmente financeira, tem também carácter imperativo.

5. De acordo com o disposto na al. c) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto as ilegalidades susceptíveis de alterar o resultado financeiro dos contratos constituem fundamento para a recusa do visto.

No entanto, perante tais ilegalidades permite o nº 4 do mesmo artigo que o visto possa ser concedido com recomendações dirigidas ao serviço infractor.

No caso em apreço, atento a que a alteração financeira do contrato depende, quanto à diluição dos custos do estaleiro, da realização de trabalhos a mais ou da revisão de preços, o que não se tem, por ora, como adquirido que venha a suceder, ou ainda dada a falta de clareza do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março sobre a matéria relacionada com a fixação do preço base, estão reunidos os fundamentos para a utilização das virtualidades do nº 4 do citado artº 44º da Lei nº 98/97.

Assim, pelos fundamentos expostos acorda-se em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal em:

- a) Visar o mencionado contrato;
- b) Recomendar à Direcção Regional das Instalações e Equipamentos da Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, em empreitadas futuras: o rigoroso cumprimento do que se encontra estipulado no nº 3 do artº 24º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, fazendo constar do contrato o preço unitário da montagem e desmontagem do estaleiro, por forma a evitar o agravamento do respectivo preço final caso ocorram revisões de preços ou a realização de trabalhos a mais; e a fixação e publicitação do preço base do concurso.

São devidos emolumentos (al. b. do nº 1 do artº 5º do Regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio).

Divulgue-se na Internet, após trânsito.

Lisboa, 9 de Abril de 2002.

Os Juízes Conselheiros



Tribunal de Contas

(Pinto Almeida – Relator)

(Lídio de Magalhães)

(Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)