



Tribunal de Contas

Mantido pelo acórdão nº 43/03, de 28/10/03, proferido no recurso nº 33/03

ACORDÃO Nº 87 /2003-23.Jul-1ªS/SS

Proc. Nº 1 176/03

1. A **Câmara Municipal da Covilhã** remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato da empreitada de **“Construção da Estrada Municipal Mil Trezentos e Setenta e Quatro, Entre a Portela de Unhais e a Barroca Grande”**, celebrado com a sociedade **“Construções J.J.R. & Filhos, SA”**, pelo preço de **1.494.854,90 €**, acrescido de IVA.

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

- Por anúncio publicado no Diário da República, III série, de 8 de Julho de 2002 a Câmara Municipal da Covilhã (doravante CMC) lançou concurso público para a realização da empreitada de “Construção da Estrada 1374, entre a Portela de Unhais e a Barroca Grande”;
- No ponto 9 fixava-se em 270 dias seguidos o prazo máximo para a execução da empreitada, contado a partir da data da consignação;
- No ponto 25, seguinte, vem publicitado que as propostas serão apreciadas através da aplicação da seguinte fórmula:

$$R_f = \frac{P_{pi}}{P_p} \times 0,45 + \frac{P_{ei}}{P_e} \times 0,35 + \frac{V_t}{V_{ts}} \times 0,20$$

em que:

R_f = resultado final;

P_{pi} = preço da proposta mais baixa;



Tribunal de Contas

Pp = preço da proposta em apreço;

Pei = prazo de execução da proposta mais baixa

Pe = prazo de execução da proposta em apreço

Vt = valor técnico da proposta em apreço;

Vts = valor técnico da proposta mais alta.

O valor de Vt obtém-se da seguinte forma:

$$Vt = v1 \times 0,40 + v2 \times 0,35 + v3 \times 0,15 + v4 \times 0,05 + v5 \times 0,05$$

Em que:

v1 = nota justificativa do preço proposto;

v2 = modo de execução da obra;

v3 = plano de trabalhos;

v4 = plano de mão-de-obra;

v5 = plano de equipamento;

- Ao concurso apresentaram-se cinco concorrentes, todos admitidos e qualificados para a fase de apreciação das propostas;
- Dos cinco concorrentes admitidos, três apresentaram, também, propostas alternativas em que, mantendo o preço, se propunham realizar a empreitada em prazo diferente do que se achava referenciado no anúncio, propostas que a autarquia apelidou de "condicionadas", a saber:

Concorrente	Valor da proposta (€)	Prazo alternativo
Construtora do Lena, SA	1.579.976,57	180 dias
Construções J.J.R & Filhos, S.A	1.494.854,90	210 dias
Agrupamento Belovias Lda. e Azinheiro, Lda.	2.500,000,00	



Tribunal de Contas

Rosa Construtores, S.A	1.992.619,28	
Construções António Joaquim Maurício, Lda.	1.713.894,11	240 dias

- Após a aplicação dos critérios e fórmula fixados, as propostas foram graduadas nos termos da relação seguinte (cfr. relatório de avaliação de 19 de Agosto de 2002):

1º Construções J.J.R & Filhos, S.A (prazo alternativo) — 0,950 pontos

2º Construtora do Lena, SA (prazo alternativo) — 0,944 pontos

3º Construções J.J.R & Filhos, S.A — 0,883 pontos

4º Construtora do Lena, SA — 0,846 pontos

5º Construções António Joaquim Maurício, Lda. (prazo alternativo) — 0,815 pontos

6º Construções António Joaquim Maurício, Lda. — 0,785 pontos

7º Rosa Construtores, S.A – 0,721 pontos

8º Agrupamento Belovias Lda. e Azinheiro, Lda – 0,592 pontos

propondo a adjudicação da empreitada à sociedade Construções J.J.R & Filhos, S.A pelo preço de 1.494.854,90 €, com prazo de execução de 210 dias;

- Em sede de audiência prévia a empresa Construtora do Lena reclamou da graduação e da proposta de adjudicação ao 1º classificado alegando “erro de cálculo no relatório da Comissão” e subavaliação no “subfactor V1 – nota justificativa do preço proposto” do factor “valor técnico da proposta” relativamente à proposta por si apresentada com prazo alternativo (que designa de proposta condicionada);

- Esta reclamação foi atendida tendo, em consequência, a Comissão de análise procedido à reanálise das propostas que, agora, graduou da seguinte forma (cfr. relatório de avaliação de 4 de Outubro de 2002):

1º Construtora do Lena, SA (prazo alternativo) — 0,942 pontos

2º Construções J.J.R & Filhos, S.A (prazo alternativo) — 0,928 pontos

3º Construções J.J.R & Filhos, S.A — 0,861 pontos

4º Construtora do Lena, SA — 0,825 pontos



Tribunal de Contas

5° Construções António Joaquim Maurício, Lda. (prazo alternativo) — 0,797 pontos

6° Construções António Joaquim Maurício, Lda. — 0,768 pontos

7° Rosa Construtores, S.A – 0,705 pontos

8° Agrupamento Belovias Lda. e Azinheiro, Lda. – 0,582 pontos

propondo, conseqüentemente, a adjudicação da empreitada à empresa Construtora do Lena, SA pelo preço de 1.579.976,57 €, com prazo de execução de 180 dias;

- Porém, diferentemente do proposto, o Presidente da Câmara, por despacho de 14 de Março de 2003, ratificado por deliberação da Câmara de 28 do mesmo ano, não homologa a acta de análise das propostas e adjudica a empreitada à proposta de prazo alternativo (designada de “condicionada”) apresentada pela sociedade Construções J.J.R & Filhos, S.A pelo preço de 1.494.854,90 €, com prazo de execução de 210 dias, argumentando, fundamentalmente, o seguinte: *“Embora da aplicação dos critérios de adjudicação constantes do programa de concurso resulte que o concorrente que oferece a proposta mais vantajosa seja a sociedade Construtora do Lena, S.A., a verdade é que é o concorrente Construções J. J. R. e Filhos S.A. que apresenta, entre todos, a proposta de preço mais baixo, obtendo a melhor pontuação no critério da condição mais vantajosa de preço”*.

3. Questionada a autarquia sobre a razão da não adjudicação da empreitada ao primeiro classificado, respondeu através do ofício nº 6 539, de 3/7/2003, nos seguintes termos:

“E reconhecido que a Administração detém um poder discricionário cujo limite de autonomia é balizado pelo objectivo que constitui a prossecução do interesse público, em que “a eleição de uma proposta há-de guiar-se pela ideia de que deverá ser seleccionada aquela que melhores condições oferecer para a satisfação do interesse público específico que levou a administração a determinar-se”. cfr Sérvulo Correia.

Por outro lado, diz-nos a doutrina, que a actual tendência para se recorrer, para efeitos de valorização das propostas, a um feixe de critérios que a lei consubstancia no conceito de



Tribunal de Contas

“proposta mais vantajosa”, leva a afirmar que todos os critérios são mais ou menos admissíveis: tudo depende dos objectivos que se queiram alcançar com a construção da obra; pelo que uma proposta fundamentada da entidade adjudicante pode justificar plenamente a adopção de critérios que vão reflectir-se na escolha da proposta mais vantajosa. No caso concreto, o critério do mais baixo valor”.

4. Apreciando

O que, essencialmente, está em discussão nos presentes autos é a legalidade da adjudicação da empreitada a um concorrente cuja proposta, à luz dos critérios e respectiva ponderação previamente estabelecidos, fora graduada no concurso público em segundo lugar, apenas com o argumento de que esta era a proposta economicamente mais vantajosa.

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”.



Tribunal de Contas

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 essenciais da legalidade, igualdade, boa fé, transparência e concorrência, sempre subjacentes à contratação pública. Associado a estes e em estreita ligação com o princípio da publicidade está o princípio da estabilidade (Cfr. artºs 7º a 15º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho).

Daqui resulta, em primeiro lugar, que cabe à Administração, na sua qualidade de dono da obra, fixar as regras com que se propõe contratar e, em segundo, que depois de fixadas e publicitadas fica a elas vinculada.

Isto é, no momento da adjudicação, a Administração não exerce já um poder discricionário “total” de escolha, estando limitada por decisões previamente adoptadas, através das quais se auto-vinculou. Assim acontece, por exemplo, com a fixação dos critérios que devem presidir à adjudicação. E mais ainda se esses critérios tiverem sido publicitados e com repercussões relativamente a terceiros, no caso os eventuais interessados em contratar com a Administração.

Ora, no caso em apreço, o que sucedeu foi que o a CMC se desvinculou dos critérios que previamente fixou e publicitou para efeitos de adjudicação. Fez saber aos concorrentes que as propostas seriam avaliadas de acordo com uma fórmula aprovada que levaria em consideração a conjugação dos três factores e respectiva ponderação (preço – 45 %; prazo de execução – 35 %; e valor técnico da proposta - 20%) e depois, quando da decisão adjudicatória, apenas relevou o factor preço escolhendo a proposta de menor valor.

Tendo-se desvinculado, como se desvinculou, dos critérios adjudicatórios previamente fixados, com a adjudicação decidida a CMC violou os princípios essenciais à contratação pública antes enunciados, transformando-a em adjudicação por ajuste directo quando, atendendo ao valor em causa era obrigatória a realização prévia de concurso público.



Tribunal de Contas

A ausência de concurso público quando legalmente exigível – como era o caso - acarreta a nulidade do procedimento e do subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (artºs 133º e 185º do Código do Procedimento Administrativo).

5. Concluindo.

Nos termos da al. a) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto a nulidade constitui fundamento da recusa do visto, pelo que e na esteira da jurisprudência deste Tribunal sobre o assunto (cfr. Acórdão nº 59/03-8.Mai-1ªS/SS, lavrado no proc. Nº 593/03, confirmado no Acórdão nº 28/03-Jul.1-1ªS/PL, tirado no Recurso Ordinário nº 25/03 e ainda o Acórdão nº41/03-Jul.15-1ªS/PL, tirado no Recurso Ordinário nº 31/02), acorda-se em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal em recusar o visto ao mencionado contrato.

São devidos emolumentos (nº 3 do artº 5º do Regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 23 de Julho de 2003.

Os Juízes Conselheiros

(Pinto Almeida – Relator)

(Alves Cardoso)

(Lídio de Magalhães)

A Procuradora-Geral Adjunta



Tribunal de Contas

(Maria Adozinda Barbosa Pereira)