



Transitou em julgado em 05/01/04

ACÓRDÃO N° 106 /2003 – Dez.16 – 1ª Secção/SS

Proc. n° 1966/03

1. A Câmara Municipal de Castelo de Paiva remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato de empreitada de “Concepção/Construção – Criação de uma Zona Desportiva no Couto Mineiro – Polidesportivo de Loureiro/Portela”, celebrado, em 19 de Dezembro de 2002, com a sociedade “INERSEL – Construções, S.A.”, pelo valor de 335.466,03 € sem IVA, assim como o respectivo aditamento, celebrado, em 14 de Agosto de 2003, no valor de 264.525,88 € a título de reformulação do projecto, perfazendo o valor global de 599.991,91 €

2. A empreitada referida foi precedida de concurso público, tendo o respectivo aviso sido publicado na III série do Diário da República de 24 de Julho de 2001 e nas restantes publicações legalmente obrigatórias.

3. Apresentaram-se a concurso 4 concorrentes, um dos quais foi desde logo excluído no acto público por não apresentar o certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas.

4. Os concorrentes admitidos a concurso apresentavam as seguintes propostas:
 - *Santana e C.ª, S.A., no valor de 176.946.025\$00 (882.603,05 €);*
 - *Civibral – Sistemas de Construção, S.A., no valor de 172.615.000\$00 (860.999,99 €);*
 - *Inersel – Construções, S.A., no valor de 67.254.900\$00 (335.466,03 €).*



Tribunal de Contas

5. No programa de concurso foram estabelecidos os seguintes factores para apreciação das propostas:
- *Preço – 16 valores*
 - *Adequabilidade do projecto – 4 valores*
6. Na análise das propostas foram atribuídas as seguintes pontuações:

Preço (16 valores)

Santana e C.^a, S.A. – 6,09 valores

Civibral – Sistemas de Construções, S.A. – 6,23 valores

Inersel, Construções, S.A. – 16 valores

Adequabilidade do projecto (4 valores)

Santana e C.^a, S.A. – 3,7 valores

Civibral – Sistemas de Construções, S.A. – 4 valores

Inersel, Construções, S.A. – 0,5 valores

7. Assim, por deliberação da Câmara Municipal de 18 de Dezembro de 2001 foi adjudicada a obra à concorrente Inersel – Construções, S.A., pelo valor de 67.254.900\$00 (335.466,03 €) e celebrado o respectivo contrato em 19 de Dezembro de 2002.
8. Todavia, ao ser sujeito à apreciação do Instituto Nacional do Desporto, entidade co-financiadora, foram exigidas alterações ao projecto e, ao abrigo do artigo 106º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, foi o mesmo reformulado e alterado o valor do contrato, agravando-o, em 264.525,88 €
9. Tal circunstância, acrescida da disparidade de projectos apresentados pelos concorrentes (tanto em termos de preço, como de qualidade), derivou, com toda a probabilidade, do facto de, contrariamente ao disposto no nº 1 do artigo 11º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, não ter sido posto a concurso um documento com pelo menos o grau equivalente ao de programa base, onde o dono da obra definisse, com suficiente precisão,



Tribunal de Contas

os objectivos que desejava atingir, com especificação dos aspectos que considerava vinculativos, conforme parecer técnico de engenharia, prestado pelos Serviços deste Tribunal.

10. Questionada a Autarquia responde que: *“Do nosso ponto de vista, os objectivos do concurso, estavam suficientemente precisos e definidos. No entanto um dos concorrentes apresentou uma proposta minimalista, que embora satisfizesse e se enquadrasse no exigido e nos objectivos iniciais da Câmara Municipal, não satisfazia os requisitos que o IND exige quando se trata de projectos a financiar ou participar por si.”*
11. O incumprimento do disposto no citado nº 1 do artigo 11º pode ter restringido o universo de potenciais concorrentes que, face a um programa base bem preciso e definido, apresentassem propostas eventualmente mais vantajosas do que aquela sobre a qual recaiu a adjudicação.
12. Para além disso, verifica-se ainda que no procedimento concursal em apreço não foi fixado preço base.
13. Sobre esta questão, cujos fundamentos, como melhor se verá, são igualmente válidos independentemente de o concurso abranger ou não a concepção, já este Tribunal se pronunciou em diversos acórdãos (cfr., a título de exemplo, acórdão nº 29/00 de 21/11/2000, proferido no recurso ordinário nº 29/2000, acórdão nº 174/2001 de 30/10/2001, proferido nos processos nºs 3244 e 3245/01 e acórdão nº 94/2002, de 21/11/2002, proferido no processo nº 2514/02), tendo-se escrito, no acórdão nº 14/2002 de 26/02/2002, proferido no processo nº 4398/01, o seguinte:

“O processo em apreço suscita uma 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 do 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 iúdice”, aparecem por várias vezes referenciadas duas figuras que se confundem na sua natureza: o “valor estimado do contrato” (art. 48º, nºs 1, 2 e 3, 122º, 129º e 136º) e o “preço base do concurso” (art. 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 art. 48º (os preceitos citados sem a indicação de diploma legal, pertencem ao Decreto-Lei 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 empreitadas – “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.



Tribunal de Contas

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 (art. 83º).

E o preço base é determinante no poder adjudicatório do dono da obra [art. 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 para a realização da obra, deve evitar uma insuficiência de cabimento, ou permitir a adopção atempada de medidas que colmatem a falta de cobertura orçamental se esta se verificar.

A segunda, resulta da natureza jurídica do concurso público, designadamente da 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 “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 de concurso e o caderno de encargos, volta a escrever: “a abertura do concurso público contém duas realidades jurídicas autónomas, embora entre si ligadas.



Tribunal de Contas

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 concernentes 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. Art. 4º, nº 1 a), 8º e 10º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho].

Então, pelo que decorre do art. 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 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



Tribunal de Contas

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 nº 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 nº 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 efeito 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 publicação”.

Continuamos a concordar com tudo o que ficou transcrito.

14. Pelo que acaba de se expor, tem de concluir-se que, ao não fixar um preço base para o concurso o Município violou as normas antes citadas, sendo tal ilegalidade susceptível de afectar o resultado financeiro do contrato, sobretudo porque torna inviável a aplicação do disposto no art. 107º nº 1 al. b) do referido Dec.-Lei 59/99, que, além de ter natureza inquestionavelmente financeira, tem também carácter imperativo.
15. Decorrente desta última questão, verifica-se ainda que, para avaliação da capacidade técnica dos concorrentes, contrariamente ao disposto na alínea a) do ponto 19.4 do programa de concurso tipo, aprovado pela Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro, que dispõe que os concorrentes devem comprovar a execução de obra semelhante e de valor não inferior a 60% do valor estimado do contrato, estabeleceu-se, na alínea a) do ponto



Tribunal de Contas

19.4 do programa de concurso patentado, que tal valor deveria ser aferido em relação ao valor da proposta, tendo dessa forma sido estabelecidos parâmetros de referência diferentes para cada um dos concorrentes.

16. Por último, constata-se que o dono da obra, para a qualificação dos concorrentes, exigiu a 1ª e a 5ª subcategorias da 1ª categoria do certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas de classe correspondente ao valor global da proposta, contrariamente ao disposto no ponto 3º da Portaria nº 412-I/99, de 4 de Junho, na medida em que deve ser exigido aos concorrentes apenas uma autorização de classe que cubra o valor global da proposta.
17. As ilegalidades atrás referidas, com a potencial consequência da alteração do resultado financeiro, integram o fundamento de recusa de visto a que alude o art. 44º nº 3 al. c) da Lei 98/97 de 26 de Agosto.
18. E não se vê que ocorram circunstâncias que permitam o uso da faculdade prevista no nº 4 do mesmo artigo, tendo designadamente em conta o facto de não ter sido posto a concurso um documento pelo menos com o grau equivalente ao de programa base, o que motivou que o valor da adjudicação tivesse sofrido uma alteração, para mais, materialmente relevante (em 55,9%). E o argumento invocado pela Autarquia de que a decisão de adjudicação se manteria inalterada, por ser, ainda assim, a proposta de mais baixo preço, não pode colher, uma vez que, em face dos novos elementos de base, os projectos dos restantes concorrentes, assim como o respectivo preço, poderiam ser outros, e conseqüentemente, outra a decisão de adjudicação.



Tribunal de Contas

DECISÃO

- Pelos fundamentos expostos acorda-se, em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal, em recusar o Visto ao contrato em apreço.

- São devidos emolumentos – art. 5º nº 3 do Regime anexo ao Dec.-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

- Diligências necessárias.

Lisboa, 16 de Dezembro de 2003

Os Juizes Conselheiros

(Ribeiro Gonçalves – Relator)

(Lídio de Magalhães)

(Pinto Almeida)

O Procurador Geral Adjunto