



Transitou em julgado em 31/03/04

ACORDÃO Nº 27 /2004-9.Mar-1ªS/SS

Proc. Nº 2 631/03

1. A Câmara Municipal de Lisboa remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato da empreitada de “**Construção do Complexo Desportivo do Casal Vistoso - Conclusão**”, celebrado com a empresa “**Arquicon Construtora Limitada**”, pelo preço de 3.341.945,91 €, 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 Novembro de 2000 a **Câmara Municipal de Lisboa (CML)** lançou concurso público para a realização da empreitada de “**Construção do Complexo Desportivo do Casal Vistoso - Conclusão**”;
- Na alínea b 3) do referido anúncio fixa-se como preço base do concurso o montante de 490 000 000\$00 (2.443.914,65 €), excluído o IVA;
- A empreitada era por preço global;
- A este concurso apresentaram-se dez concorrentes com propostas que variavam entre 699 652 386\$00 e 868 384 787\$00, ou seja com valores que excediam o preço base em 42,79% ou mais;
- Por esse facto a CML decidiu, em sua sessão de 9 de Maio de 2001, “*não adjudicar a empreitada, por força do disposto na alínea b) do nº 1 do artº 107º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e com o fundamento de todas as propostas oferecerem um preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso*”;



- Na mesma reunião camarária foi, conseqüentemente, aprovada a autorização da *"abertura do procedimento de adjudicação por ajuste directo, ao abrigo do disposto na alínea a) no n.º 1 do artigo 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março e nos termos do correspondente processo, para a empreitada n.º 38/DD/00 - Construção do Complexo Desportivo Municipal do Casal Vistoso - Conclusão; com o valor estimado de 490.000.000\$00 (quatrocentos e noventa milhões de escudos)";*
- Foram, para o efeito, consultadas cinco empresas por ofício convite de 21 de Maio de 2001, nele se fixando em 490.000.000\$00 o preço base da empreitada;
- Responderam ao convite apenas quatro firmas, com propostas cujo valor oscilava entre 670 000 00\$00 e 825 933 234\$00, mais IVA;
- A empreitada foi adjudicada, por maioria, em reunião camarária de 12 de Setembro de 2001, ao concorrente Arquicon - Construtora Lda., pelo preço de 670 000 000\$00 (3.341.945,91 €), acrescido de IVA, ou seja, por um valor 36,73% superior ao preço base da empreitada (fixado no concurso público a que se fez referência bem como nos ofícios convite igualmente referidos);
- O respectivo contrato, em apreço, só veio a ser celebrado, no entanto, em 13 de Outubro de 2003 e remetido para fiscalização prévia deste Tribunal em 30 do mesmo mês e ano.

3. O estudo do contrato suscitou diversas questões que motivaram o pedido de esclarecimentos à CML, entre as quais a que se prende com o desvio entre o preço base e o valor da adjudicação. Para o efeito foi dirigido em 11 de Novembro de 2003 à CML o ofício nº 10 596/03 onde, a propósito, se questionava:

"Como consideram legalmente possível que, mesmo após o procedimento por ajuste directo, a presente adjudicação tenha ultrapassado em cerca de 36 % o preço base do concurso, tendo em atenção o disposto na alínea b) 1 do artº 107º do Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março".

Àquele ofício respondeu a CML pelo seu nº 73/DAJAF/DAT/NTC/04, de 4 de Fevereiro passado, nada dizendo de concreto quanto à questão acabada de transcrever, tendo-se



Tribunal de Contas

limitado a relatar a tramitação que conduziu ao ajuste directo e a remeter, de novo, cópia da deliberação de adjudicação.

4. Dispõe o artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março:

1 - Para além dos casos previstos nas alíneas d) e e) do nº 2 do artigo 48º e no artigo 26º, o ajuste directo só é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, nos seguintes casos.

a) Quando em concurso público ou limitado aberto para a adjudicação da obra não houver sido apresentada nenhuma proposta ou qualquer proposta adequada por se verificarem as situações previstas nas alíneas b), c), e) e f) do nº 1 do artigo 107º e o contrato se celebre em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso;

Por sua vez, o artº 107º, nº 1, al. b) do mesmo Decreto-Lei determina que *"o dono da obra não pode adjudicar a empreitada:*

a)

b) *Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso;*

c) *....."*

5. Como resulta dos preceitos antes citados, em particular do artº 136º o ajuste directo só é possível quando [al. a)] este se realize *"em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso"* que havia sido aberto para a realização da mesma empreitada e, pelas razões previstas na al. b) do artº 107º do mesmo Decreto-Lei.

Ora, no caso em apreço o ajuste directo não ocorreu *"em condições substancialmente idênticas às (...) do concurso"* antes realizado.

É que naquele concurso tinha sido fixado o preço base no montante de 490 000 000\$00 (2.444.109,70 €), excluído o IVA, valor, aliás, reafirmado nos ofícios convite. E, como vem sendo jurisprudência deste Tribunal (cfr. entre outros o acórdão nº 62/01-Nov.27-1ªS/PL,



Tribunal de Contas

lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 45/2001) o preço base é um elemento essencial do concurso e por isso se assume como condição substancialmente idêntica.

Essa essencialidade advém-lhe de duas ordens de razões.

A primeira prende-se com a gestão financeira do serviço dono da obra, para quem 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 permite a adopção atempada de medidas que colmatem a falta de cobertura orçamental se esta se verificar.

A segunda é a relevância externa do preço base, independentemente de se tratar de uma empreitada com projecto do dono da obra, de concepção/construção, por preço global ou por série de preços. A sua fixação e anúncio significam junto dos potenciais concorrentes as condições financeiras em que o dono da obra se propõe com eles contratar. Tendo presente o estipulado na al. b) do nº 1 do artº 107º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março ficam aqueles a saber que a proposta a apresentar se não pode afastar muito, em termos de valor, do preço base fixado sob pena de, por imposição legal, não poder vir a ser adjudicada, assumindo-se, assim, este como um elemento determinante na formação da vontade dos concorrentes.

Então, só pode concluir-se que a exigência feita na parte final da al. a) do nº 1 do artº 136º para permitir o recurso ao ajuste directo nos casos em que a adjudicação se não concretizou por todas as propostas apresentadas no concurso público anterior serem de valor consideravelmente superior ao preço base fixado, engloba, entre outras "*condições substancialmente idênticas*", o preço base do concurso. Ou seja, o preço por que vier a ser adjudicada a empreitada por ajuste directo também não poderá afastar-se "*consideravelmente*" do preço base que havia sido fixado no concurso precedente.

Aliás, de outra maneira não seria compreensível. Isto porque, sendo o concurso público, não só a regra na escolha dos co-contratantes (artº 47º, nº 1 e artº 183º do Código do Procedimento Administrativo) como também a forma mais solene, não seria admissível que as regras fossem depois desvirtuadas através de uma forma excepcional e de menor valor garantístico no cumprimento dos princípios informadores da contratação pública, o ajuste directo.



Tribunal de Contas

No caso em apreço a adjudicação excede em 36,73% o preço base fixado no concurso, o que é consideravelmente superior àquele.

Quanto a esta última asserção, este Tribunal tem vindo a entender que as propostas são de preço consideravelmente superior ao preço base do concurso quando o desvio exceda outros limites permitidos ou tolerados pela lei e que não-de servir de baliza para àquele dar conteúdo. É o caso dos trabalhos a mais admitidos (dentro de condicionalismos legais apertados) nas empreitadas cujo limite máximo permitido está fixado em 25% do valor do contrato inicial (cfr. artº 45º do mesmo Decreto-Lei).

Além do mais, um desvio de 36,73% sempre haveria de ser "consideravelmente superior" em termos de senso comum.

Face ao exposto e atenta a proibição imposta pelo artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, o dono da obra não podia ter autorizado a adjudicação em causa uma vez que a proposta adjudicada continua a ser "*consideravelmente superior ao preço base do concurso*".

Do exposto resulta a violação directa do artº 107º, nº 1, al. b), que, além da imperatividade que encerra, tem, inquestionavelmente, natureza financeira.

Consequentemente se tem, ainda, que concluir que o contrato celebrado na sequência do ajuste directo em questão não o foi em *condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso*, pelo que igualmente se mostra violada a al. a) do nº 1 do artº 136º do citado Decreto-Lei nº 59/99. Significa isto que para o circunstancialismo factual descrito não era legalmente admissível o ajuste directo mas antes exigível a prévia realização de um concurso público, eventualmente com o preço base corrigido.

A ausência de concurso público quando legalmente exigível acarreta a nulidade do procedimento e do subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (artºs 133º, nº1 e 185º do Código do Procedimento Administrativo).

6. Concluindo.

Nos termos das als. a) e b) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto nulidade e a violação directa de normas financeiras constituem fundamentos da recusa do visto.



Tribunal de Contas

Assim, pelos fundamentos expostos 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, 9 de Março de 2004.

Os Juízes Conselheiros

(Pinto Almeida – Relator)

(Adelina Sá Carvalho)

(Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)