



Transitou em julgado em 10/05/04

ACORDÃO Nº 51 /04 – 16 ABRIL – 1ªS/SS

PROCESSO Nº 78/04

1. A Câmara Municipal de Mondim de Basto remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato de empreitada respeitante ao “Jardim de Infância de Mondim de Basto”, celebrado com a empresa N.V.E. Engenharias, Lda., no valor de € 498.729,37, acrescido de IVA.

2. Dos elementos constantes do processo, foi possível apurar a seguinte factualidade:

- 2.1. O contrato foi precedido de concurso público cujo anúncio de abertura foi publicado na III Série do DR de 14 de Maio de 2003 e nas restantes publicações exigidas por lei;
- 2.2. No ponto 21 do programa do concurso, foram fixados como factores de ponderação para efeitos de adjudicação: a garantia de boa execução e qualidade técnica da proposta (40%), o prazo de execução da obra (40%) e o preço (20%) ;
- 2.3. Na pontuação atribuída ao factor “garantia de boa execução e qualidade técnica da proposta”, ainda de acordo com o disposto naquele ponto 21, seriam “tidas em conta, especialmente, o conhecimento que o dono da obra tenha das obras realizadas pelos concorrentes e do modo como elas decorreram, a relação de obras similares executadas nos últimos três anos, a memória descritiva e justificativa do modo de execução dos trabalhos, os meios humanos e



materiais a afectar à realização da obra, o programa de trabalhos e o respectivo cronograma financeiro, e a própria apresentação da proposta, nomeadamente no que diz respeito à correcção da lista de preços unitários, em especial no que toca a unidades e quantidades de cada rubrica, e os subtotais e totais correspondentes.”;

- 2.4. A valoração atribuída a cada um dos oito parâmetros só foi, contudo, fixada quando já eram conhecidos os concorrentes, tendo essa valoração sido definida pela Comissão de Análise das propostas, em violação do disposto na alínea e) do nº 1 do artigo 66º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, de acordo com o qual, quer o critério de adjudicação, quer os factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação devem constar do programa do concurso;
- 2.5. A pontuação atribuída aos referidos subfactores, conforme a acta de 8 de Setembro de 2003, respeitante à reunião da Comissão de Análise, foi a seguinte:
- 10 pontos, para o parâmetro 1 (conhecimento que o dono da obra tem...);
 - 4 Pontos, para o parâmetro 2 (relação de obras similares...);
 - 0,50 Pontos, para os parâmetros 3 (memória...), 6 (programa...), 7 (cronograma...) e 8 (apresentação da proposta);
 - 2 Pontos, para os parâmetros 4 (meios humanos...) e 5 (meios materiais).
- 2.6. Da aplicação destes subfactores resultou a graduação, no factor “garantia de boa execução e qualidade técnica”, da empresa N.V.E. Engenharia com 12,01, sendo a pontuação que lhe foi atribuída nos restantes dois factores inferior (7,41 e 19,43) à que foi dada a outro concorrente, a empresa LADÁRIO – Sociedade de Construções, Lda., que obteve 10 pontos no 1º subfactor e 8 e 20 nos restantes;



Tribunal de Contas

2.7. A graduação final das três empresas melhor classificadas, de entre as 9 admitidas, foi a seguinte:

N.V.E. Engenharias-----16.10

Emiliano Vilas Boas-----16.03

Ladário – Sociedade de Construções-----16.00

2.8. Dos oito subfactores utilizados na apreciação das propostas, dois – “conhecimento que o dono da obra tem...” e “relação de obras similares” – têm directamente a ver com a capacidade técnica dos concorrentes, matéria apreciada em sede de qualificação dos concorrentes, pelo que, conforme dispõe o nº 3 do artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99, não poderiam ter sido tidos em consideração na fase da análise das propostas;

2.9. De acordo com os autos, a empresa LADÁRIO intentou uma acção de contencioso pré-contratual junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Mirandela;

2.10. Acresce que a qualificação dos concorrentes foi apreciada, no que respeita à avaliação da capacidade económica e financeira, tendo em conta os indicadores da Portaria nº 1454/01, de 28 de Dezembro, na redacção dada pela Portaria nº 509/02, de 30 de Abril, do que decorreu a exclusão do concorrente JOSÉ MANUEL PINTO & RIBEIRO, Lda., sendo certo que, à data do concurso, estava em vigor a Portaria 104/2001, de 21 de Fevereiro, do que decorre que tal exclusão – como refere a própria apreciação feita pelos Serviços da Câmara – não teria tido lugar, por força do disposto na alínea b) do ponto 19.3 do programa-tipo aprovado por aquela portaria, na redacção dada pela Portaria nº 1465/02, de 14 de Novembro.

3. Tendo em consideração os factos atrás referenciados, foi o Exmº Presidente da Câmara Municipal de Mondim de Basto confrontado com a possibilidade de a ordenação final dos concorrentes ser diferente, já que, se por um lado dois subfactores não deveriam nem poderiam ser utilizados para efeitos de



Tribunal de Contas

adjudicação, por outro, os restantes seis, tendo pontuações iguais, levariam a que todos os concorrentes tivessem, no critério “garantia de boa execução...”, igual classificação, face ao que foi convidado a obter uma simulação dos resultados da avaliação das propostas, expurgados que fossem os subfactores ilegais. Nessa simulação, deveria ser considerado também o concorrente excluído na fase de qualificação.

Na sua resposta, o ilustre Autarca veio invocar, em síntese, que a inclusão, no primeiro critério de adjudicação, dos subfactores atrás mencionados não integra a fase de avaliação dos concorrentes porquanto *“a avaliação da capacidade financeira e económica dos concorrentes... é feita através dos documentos exigidos no artigo 67º nº 1 alíneas l) a q) do DL 59/99, de 2.3.”* e com a mencionada *“avaliação pretende-se crivar os concorrentes que não apresentem condições gerais reveladoras de qualidades e estrutura empresarial suficientes para garantir o cumprimento do contrato.”*. Com aquela inclusão teve-se como objectivo *“valorar as propostas que apresentem condições técnicas específicas relevantes para a obra posta a concurso e não as condições gerais reveladoras de qualidades e estrutura empresarial do concorrente, estas sim, já apreciadas na fase da avaliação da capacidade financeira, económica e técnica.”*

Quanto à simulação do resultado final sem a consideração dos parâmetros um e dois do primeiro critério de adjudicação e de acordo com a informação prestada pelos serviços da Câmara, a empresa adjudicatária ficaria posicionada em 3º lugar com 19,30 pontos e em 1º lugar ficaria a empresa LADÁRIO com 20 pontos.

Quanto à empresa indevidamente excluída na fase de qualificação dos concorrentes, o seu posicionamento seria o 6º lugar.

Acresce que a empresa LADÁRIO – Sociedade de Construções, Lda., apresentou uma proposta de preço inferior à do adjudicatário, ou seja € 484.484,00.



Tribunal de Contas

4. Nas empreitadas, as fases do concurso público são, de acordo com o artigo 59º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2.3, a abertura do concurso e apresentação da documentação, o acto público do concurso, a **qualificação dos concorrentes**, a **análise das propostas** e elaboração do relatório e a adjudicação, prevendo o artigo 60º duas comissões, conforme essas fases, ou seja a comissão de abertura dos concursos, para as três primeiras, e a comissão de análise das propostas, à qual cabe supervisionar as duas últimas fases.

Por seu lado, o artigo 98º (integrado na Secção VII do Capítulo III, epigrafada “Qualificação dos concorrentes”), define a forma de avaliação da capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes, tendo em vista ou a sua exclusão (nº 3), ou a respectiva passagem em condições de igualdade à fase seguinte (nº 4), ou seja a da análise das propostas.

Dos documentos exigidos pelo artigo 67º do Decreto-Lei nº 59/99 para efeitos de habilitação dos concorrentes constam a “declaração...que inclua a lista das obras executadas nos últimos cinco anos, acompanhada de certificados da sua execução relativos às obras mais importantes, incluindo o montante, data e local de execução e informação sobre se foram executadas de acordo com as regras da arte e regularmente concluídas (al. m) do nº 1) bem como a “lista das obras executadas da mesma natureza da obra posta a concurso, acompanhada de certificados de boa execução...” (al. n) do nº 1), destinando-se estes documentos (com outros) à avaliação da capacidade técnica para efeitos do artigo 98º atrás referido (nº 5).

Acresce que, na mesma linha, o nº 1 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 61/99, de 2 de Março (em vigor à data da abertura do concurso) previa que “a capacidade técnica é determinada em função da estrutura organizacional do empreiteiro, da avaliação dos seus meios humanos e técnicos e do seu currículo na actividade”, aferidas nos termos previstos, respectivamente, nos seus nºs 2, cuja al. b) se refere à “experiência na execução de obras”, 3 (e 4) e 5, de acordo com o qual se terão em conta “as obras executadas” – al. a) e as “obras em curso” – al. b).



Tribunal de Contas

O **artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99**, coerentemente com a consagração da autonomia da qualificação dos concorrentes face à fase de apreciação e graduação das propostas, **veio proibir, no seu nº 3, que a comissão de análise tenha em consideração, seja em que caso for e directa ou indirectamente, a aptidão dos concorrentes**, já avaliada nos termos do artigo 98º.

Estes dispositivos legais convergem assim na consagração da prevalência do princípio de que, uma vez concluída a fase de qualificação das empresas concorrentes, as que são admitidas à fase seguinte, ou seja à da análise das propostas, são-no em total paridade, designadamente no que à sua experiência em obras da mesma natureza respeita, pelo que não pode tal experiência ser equacionada de novo, agora como factor de avaliação das propostas para efeitos de adjudicação, sob pena de violação do nº 3 do artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99.

Porque só as propostas são equacionáveis nesta fase, e não os concorrentes, não é sequer de admitir como compatível com este quadro legal – que mais não fez do que ajustar o regime das empreitadas de obras públicas aos imperativos do direito comunitário (cf. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 59/99) – que a pretendida valoração da experiência em obras da espécie da posta a concurso possa decorrer dos factores ou subfactores de adjudicação.

5. No processo em apreço, a opção seguida no concurso, de associar um dos factores da adjudicação à avaliação da capacidade das empresas e não ao mérito das propostas por elas apresentadas, não só potenciou a alteração do resultado do concurso, como efectivamente levou à graduação de uma empresa em 1º lugar, quando a outra caberia essa qualificação, acarretando, em consequência, diferente resultado financeiro, agravado até pela circunstância de a proposta desta última ser mais favorável no que ao preço se refere.



Tribunal de Contas

Já no que respeita à exclusão do concorrente José Manuel Pinto & Ribeiro, Lda., a questão de legalidade que se suscita no processo decorreu da errónea aplicação da portaria que rege os parâmetros da apreciação da capacidade económica e financeira, no caso o regime do ponto 19.3 do programa-tipo aprovado pela Portaria nº 104/2001, de 21.2, na redacção dada pela Portaria nº 1465/2002, de 14.11, em conformidade com o qual aquela empresa deveria ter sido admitida, já que, no ano de 2001, atingiu o quartil inferior no indicador “grau de cobertura do imobilizado”. Porém, neste caso, a sua previsível classificação final habilitaria o Tribunal a usar da possibilidade prevista no nº 4 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

6. Assim sendo e face aos elementos constantes dos autos, urge concluir pela verificação de um caso de alteração do resultado financeiro do concurso, o que insere o contrato em apreço na previsão da alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Termos em que acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, em recusar o visto ao contrato de empreitada de construção de um jardim de infância celebrado entre a Câmara Municipal de Mondim de Basto e a empresa N.V.E. – Engenharias, Lda.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.

Lisboa, em 16 de Abril de 2004.



Os Juízes Conselheiros

Adelina Sá Carvalho – Relator

José Luís Pinto Almeida

Lídio de Magalhães

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto