



Transitou em julgado em 25/05/04

ACORDÃO Nº 57 /2004-4.Mai-1ªS/SS

Proc. Nº 396/04

1. O Estado-Maior General das Forças Armadas (EMGFA) remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato da empreitada de “**Concepção e execução da ligação em fibra óptica CINST/COSEX-CN e outros trabalhos complementares**”, celebrado com a empresa “**ENGTEL**”, pelo preço de **980.655,00 €**, 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 1 de Setembro de 2003 o **Estado-Maior General das Forças Armadas** lançou concurso público para a realização da empreitada de “**Concepção e execução da ligação em fibra óptica CINST/COSEX-CN e outros trabalhos complementares**”;
- No ponto 14.1. do Programa do Concurso fixa-se em 700.000,00 €, excluído o IVA o respectivo preço base;
- No nº 13 do anúncio de abertura vêm definidos e alinhados por ordem decrescente de importância, os seguintes critérios de apreciação das propostas:
 - a) Valor técnico da proposta;
 - b) Maior experiência precedente dos concorrentes e das respectivas equipas técnicas em projectos do tipo análogo do lançado a concurso, nomeadamente nas comunicações digitais de FO e de instalações especiais;
 - c) Prazo de execução;
 - d) Menor preço total;



Tribunal de Contas

- Critérios que se repetem no ponto 21 do Programa do Concurso, esclarecendo o ponto 21.2 que *o método de aplicação do critério de adjudicação é o seguinte:*
 - a) *Quanto ao factor “valor técnico” será valorado com a pontuação máxima de 60% a proposta do concorrente que melhor satisfaça este factor e as demais serão valoradas em função da melhor;*
 - b) *Quanto ao factor “maior experiência” será valorado com a pontuação máxima de 20% a proposta do concorrente que melhor satisfaça este factor e as demais serão valoradas em função da melhor;*
 - e) *Quanto ao factor “prazo” será valorada com a pontuação máxima de 10% a proposta do concorrente que apresente o menor prazo, sendo a classificação dos restantes concorrentes calculada pela proporcionalidade inversa entre o valor da sua proposta e o da proposta que tenha menor prazo.*
 - d) *Quanto ao factor “preço” será valorada com a pontuação máxima de 10% a proposta do concorrente que apresente o menor preço, sendo a classificação dos restantes concorrentes calculada pela proporcionalidade inversa entre o valor da sua proposta e o da proposta que tenha menor preço;*
- Ao concurso apresentaram-se sete concorrentes, todos eles admitidos;
- A empreitada foi adjudicada à empresa ENGTEL, pelo preço de **980.655,00 €**, acrescido de IVA, ou seja por um valor superior em **40,09%** ao preço base fixado para o concurso.

3. Questionado o EMGFA as questões suscitadas, ou seja (i) possibilidade legal da adjudicação face ao disposto no artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e (ii) utilização de critérios/factores destinados a avaliar a capacidade técnica dos concorrentes na fase de avaliação das propostas, respondeu através do ofício nº 801/CC/CA, de 29/3/2004 (anexo A), onde se lê:

(i) *“O concurso público em referência, foi lançado como “concepção e execução” devido às suas especificidades que se prendem com o tipo de obra a executar, designadamente ser um projecto de abertura de valas e lançamento de condutas na via pública, onde o traçado projectado baseado em cartas topográficas, pode ser alterado por existência de outras infra-estruturas existentes no subsolo, condicionantes levantadas pelas Câmaras Municipais e*



Tribunal de Contas

características dos terrenos que só no local podem ser avaliadas, Foi esta situação que se verificou, visto que os traçados que serviram de base para o estabelecimento do preço base, numa distancia de cerca de 12.500 m, foram obtidos nas cartas de 1:50 000, tendo-se verificado após a abertura das propostas que a média de todas as propostas apontavam para 16.500 m, pelo que a média geral do valor de todas as propostas passou a ser de cerca de 1.000.000 de euros.

Neste contexto, a Comissão de Análise considerou que todas as propostas e a própria onde recaiu a adjudicação não ofereciam um preço total consideravelmente superior ao preço base estabelecido no concurso”.

(...)

(ii) “O factor “maior experiência precedente dos concorrentes e das respectivas equipas técnicas”, embora possa parecer que tenha a ver com a experiência técnica dos concorrentes, não foi assim entendido, porque o que se analisou foi a capacidade dos recursos técnicos envolvidos no desenvolvimento do projecto para executar a obra em ambientes militares que impõe algumas especificidades diferentes de obras na área civil.

Contudo caso a valoração de 20 % fosse distribuída proporcionalmente pelos restantes três factores, esses factores passariam a ter a seguinte valoração:

- Valor técnico — 75,4%*
- Preço — 13,3%*
- Prazo — 13,3%*

Neste caso e aplicando esta nova valoração às propostas passaríamos a ter a seguinte condição:

<i>Visabeira</i>	<i>J.J Tomé</i>	<i>Alcatel</i>	<i>CME</i>	<i>ENGTEL</i>	<i>MECI</i>	<i>FibNet</i>
<i>1,724</i>	<i>0,696</i>	<i>1,587</i>	<i>1,016</i>	<i>2,831</i>	<i>0,975</i>	<i>2,769</i>

mantendo-se por tanto a firma ENGTEL em primeiro lugar”.



Tribunal de Contas

4. Para o enquadramento e decisão das questões suscitadas no processo relevam as seguintes disposições legais:

(i) O artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março que 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)"

(ii) O artº 59º divide o concurso público nas seguintes fases:

"a) Abertura do concurso e apresentação da documentação;

b) Acto público do concurso;

c) Qualificação dos concorrentes;

d) Análise das propostas e elaboração de relatório;

e) Adjudicação".

E o artigo 60.º impõe a constituição de duas Comissões de acompanhamento do concurso, nos seguintes termos:

"1 - Serão constituídas duas comissões, uma que supervisionará as fases do concurso mencionadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo anterior, designada «comissão de abertura do concurso», e uma segunda que supervisionará as restantes fases, até à conclusão do concurso, designada «comissão de análise das propostas»

2 - ...".



Tribunal de Contas

Mais adiante, o artº 98º, também do Decreto-Lei nº 59/99, estipula, para o que ao caso interessa:

"1 - A comissão deverá, em seguida, avaliar a capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes, tendo em conta os elementos de referência solicitados no anúncio do concurso ou no convite para apresentação de propostas e com base nos documentos indicados nos artigos 67º e seguintes.

2 - (...)

3 - Finda esta verificação, deve a comissão excluir os concorrentes que não demonstrem aptidão para a execução da obra posta a concurso.

4 - Os concorrentes considerados aptos passam à fase seguinte em condições de igualdade.

5 - (...)"

E o artº 100º do mesmo diploma:

"1 — As propostas dos concorrentes qualificados devem ser analisadas em função do critério de adjudicação estabelecido.

2 A comissão de análise das propostas deve elaborar um relatório fundamentado sobre o mérito das propostas, ordenando-as para efeitos de adjudicação, de acordo com o critério de adjudicação e com os factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação fixados no programa de concurso.

3 — Na análise das propostas a comissão não poderá, em caso algum, ter em consideração, directa ou indirectamente, a aptidão dos concorrentes já avaliada nos termos do artigo 98.º (destaque nosso) "

5. Apreciemos.

5.1. Adjudicação da empreitada por preço consideravelmente superior ao preço base



Tribunal de Contas

A norma do artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, acima transcrita tem, como se vê, natureza imperativa.

Porém, nem sempre assim foi. Naquelas circunstâncias, o Decreto-Lei nº 235/86, de 18 de Agosto estipulava, no artº 95º, al. c), que "*o dono da obra pode não adjudicar a empreitada*" e o Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, no artº 99º, nº 1, que "*o dono da obra não pode adjudicar a empreitada*", admitindo, porém, a parte final da própria al. b) uma ressalva – "*salvo se o interesse público prosseguido o determinar*".

Ora, esta evolução restritiva dos sucessivos preceitos legais, que, de uma admissibilidade de não adjudicação passa para uma proibição de adjudicação mas com excepções, até à actual proibição absoluta de adjudicação, não consente qualquer justificação que possibilite a adjudicação de uma empreitada por preço consideravelmente superior ao preço base do concurso. Mesmo a desadequação deste.

E esta imperatividade consagrada no artº 107º, nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, compreende-se e impõe-se pela relevância externa do preço base dos concursos, sobretudo quanto aos potenciais concorrentes que, conhecedores do disposto naquele preceito legal, se sentem limitados e condicionados pelo preço base, sob pena de inutilidade da sua proposta caso esta só possa ser de valor consideravelmente superior àquele.

Isto basta para não ser admissível a alteração do preço base (implícita no caso, face à justificação apresentada no ofício transcrito em 3.) após a sua publicitação e apresentação de propostas pelos concorrentes.

Resta agora saber se um desvio de mais **40,09%** da proposta adjudicada em relação ao preço base é ou não consideravelmente superior.

Antes de mais, é o próprio senso comum que tem por assente que um desvio de 40% para mais é consideravelmente superior à base que lhe serve de cálculo, independentemente dos valores objectivos que possam estar em causa.

Depois, 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 permitidos (dentro de condicionalismos legais apertados) nas empreitadas,



Tribunal de Contas

cujo limite máximo permitido está fixado em 25% do valor do contrato inicial (cfr. artº 45º do mesmo Decreto-Lei).

É a jurisprudência que flui, entre outros, dos acórdãos nºs 86/00-12.Dez-1ªS/SS, 89/00-19.Dez-1ªS/SS, 13 e 14/01-23.Jan-1ªS/SS e 18/01-30.Jan-1ªS/SS, lavrados nos processos nºs 3922/00, 3600/00, 4121/00, 4510/00 e 4176/00, respectivamente e ainda no acórdão nº 29/00-21.Nov-1ªS/PL, lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 29/2000, no acórdão nº 18/01-Mar.27-1ªS/PL, lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 14/2001 e publicado no Diário da República, II série, de 21 de Abril de 2001 e no acórdão nº 57/01- Nov.06-1ªS/PL, lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 58/2001, este sufragado pelo Tribunal Constitucional no seu acórdão, ainda não publicado, nº 265/2003.

Assim, verifica-se a violação directa do artº 107º, nº 1, al. b), que tem, inquestionavelmente, natureza financeira.

5.2. Utilização de factores de avaliação dos concorrentes na avaliação das propostas.

Dos artºs 59º e 60º transcritos em 4. resulta a clara separação entre a fase de avaliação dos concorrentes e a fase de avaliação das propostas por aqueles apresentadas, impondo-se a existência de comissões diferenciadas e com composições distintas (nº 4 do artº 60º).

Por sua vez, o artº 100º, nº 3 proíbe que, *"em caso algum"*, a comissão de análise das propostas utilize, ainda que indirectamente, factores que respeitam à avaliação da capacidade técnica, económica ou financeira dos concorrentes,

Ora, o critério/factor *"maior experiência precedente dos concorrentes e das respectivas equipas técnicas em projectos do tipo análogo do lançado a concurso, nomeadamente nas comunicações digitais de FO e de instalações especiais"* não podiam ser utilizado na apreciação das propostas, uma vez que se reporta à avaliação da capacidade técnica dos concorrentes e não à apreciação do mérito das suas propostas.



Tribunal de Contas

A referida ilegalidade é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, pelo que preenche o fundamento de recusa de visto previsto no artº 44º, nº 3, al. c) da Lei 98/97 de 26 de Agosto.

6. Concluindo.

Pelos fundamentos expostos e o disposto nas als. b) e c) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, acorda-se em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal em recusar o visto ao mencionado contrato;

Não são devidos emolumentos.

Lisboa, 4 de Maio de 2004.

Os Juízes Conselheiros

(Pinto Almeida – Relator)

(Adelina Sá Carvalho)

(Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)