



Transitou em julgado em 06/12/04

ACÓRDÃO Nº 155 /2004 – 12 NOVEMBRO – 1ª S/SS

Processo nº 1044/04

1. A Câmara Municipal da Amadora remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato de empreitada respeitante ao “**Parque Escolar da Brandoa – EB1, Jardim de Infância e ATL Municipal da Brandoa**” celebrado com a empresa EDIFER – Construção Pires Coelho & Fernandes, S.A., do qual decorre um encargo de € 2.836.857,89, acrescido de IVA.

2. Dos elementos constantes dos autos, foi possível apurar a seguinte factualidade:

Tendo em consideração quer a necessidade de requalificação do Parque Escolar da Brandoa, quer as deficiências da Escola Básica nº 1 Sacadura Cabral e as más condições do ATL municipal da Brandoa, a Câmara, na sua Reunião de 4 de Junho de 2003, deliberou aprovar a abertura de concurso público para execução do projecto e das obras de demolição e construção das referidas instalações ;

De acordo com o aviso de abertura do concurso, publicado no Diário da República, III Série, de 1 de Julho de 2003 e nas restantes publicações legalmente exigidas, a empreitada consistia na “demolição da actual Escola Básica Sacadura Cabral e concepção/construção da nova Escola Básica



Tribunal de Contas

Sacadura Cabral, incluindo Jardim de Infância e ATL no terreno actualmente afecto à escola” (alínea b) do nº 3) ;

O preço-base foi fixado em € 2.500.000,00 + IVA (alínea c) do nº 3) e o prazo máximo de execução em 72 semanas, devendo os projectos ser “entregues 45 dias após a consignação” (nº 4);

Os factores de ponderação das propostas para efeitos de adjudicação são o preço (50%), a valia técnica da proposta (20%), a solução arquitectónica (20%) e o prazo (10%), tendo sido igualmente fixados e quantificados os subfactores a ter em conta (nº 13);

De acordo com a acta relativa ao acto público do concurso, que teve lugar em 29 de Setembro de 2003, foram 7 as empresas que se apresentaram ao concurso, as quais foram todas admitidas;

Após exame dos documentos que acompanhavam as Propostas, foram excluídos 4 concorrentes com fundamento na não apresentação de estudo prévio completo, exigido pela alínea e) do nº 11 do anúncio;

Na sua acta de 23 de Outubro de 2003, a Comissão de Abertura das Propostas deliberou considerar aptos, por terem demonstrado possuir capacidade económica, financeira e técnica, os três concorrentes restantes:

EDIFER, com uma proposta de € 2.836.857,89

CONSTRUCTORA SAN JOSÉ, com uma proposta de € 2.220.897,88

TEMUNDO, com uma proposta de € 2.394.155,00



Tribunal de Contas

A Comissão de Análise das Propostas, na sua reunião de 10 de Março de 2004, aprovou o seu relatório, de acordo com o qual propôs a adjudicação da empreitada à EDIFER, na sequência da **exclusão dos dois restantes concorrentes**, com os seguintes fundamentos:

→ a empresa **Temundo – Sociedade de Administração de Propriedades, S.A.**, por :

- a) ter imputado os encargos com a construção do ramal de ligação de águas à empresa fornecedora, em violação do estipulado no caderno de encargos (nº 9.4) ;
- b) não ter incluído na proposta os preços unitários referentes aos projectos, fazendo-os repercutir nos restantes, em violação da orientação jurisprudencial do Tribunal de Contas, a que acrescia não estar clarificada a fundamentação do preço global proposto.

→ a empresa **Constructora San José, S.A.**, por :

- a) não ter fixado prazo para a apresentação dos projectos, o que significa que não teria prazo para a entrega final da obra, o que viola o programa do concurso e o caderno de encargos ;
- b) remeter para trabalhos a mais os que possam surgir durante a empreitada e não estejam previstos na lista dos preços unitários, sendo de natureza diferente dos orçamentados, o que contraria o artigo 37º do Decreto-Lei nº 59/99 ;



Tribunal de Contas

- c) afirmar a necessidade de correcções de quantidades de trabalhos de fundações e estruturas decorrentes da não verificação, em obra, dos pressupostos em que assentou a elaboração do projecto de estabilidade, o que viola o regime do concurso que é por preço global ;

Na sequência de audiência prévia, as duas empresas excluídas vieram invocar que:

- **Temundo**: na lista de preços unitários consta o preço para a ligação da rede de águas à rede pública de acordo com as disposições camarárias. Quanto ao preço dos projectos, a não apresentação de preço unitário decorre da não existência de custos com a sua elaboração, o que se deve à longa experiência da empresa na construção de escolas e jardins de infância e ao “esforço marginal” desenvolvido na concepção efectuada com o gabinete de arquitectura; daqui resulta também a inexistência de qualquer impacto numa eventual revisão de preços;
- **Constructora San José, S.A.**: o dono da obra não apresentou o estudo geotécnico dos terrenos de fundação nem apresentou as respectivas características, pelo que os erros ou omissões que resultem dessa carência e os trabalhos a mais ou a menos a eles assacáveis são da responsabilidade do dono da obra; o mesmo problema está subjacente aos pressupostos da elaboração do projecto de estabilidade na área das fundações;



Tribunal de Contas

quanto ao prazo para a entrega dos projectos de execução, estes encontra-se estipulado na cláusula 27 das cláusulas complementares do caderno de encargos ;

No seu Relatório final, a Comissão de Análise, com argumentos que aqui se dão por reproduzidos, veio manter as exclusões dos dois concorrentes, designadamente invocando, no caso da Temundo e a favor da sua posição, a jurisprudência do Tribunal de Contas sobre “preços do estaleiro, projectos e outros” que “deverão ser individualizados e indicados de forma expressa em rubrica própria”.

Quanto à Constructora San José, assinala, entre outros aspectos, que o programa do concurso prevê que “na prestação de serviços inclui-se ainda a execução e fornecimento do levantamento topográfico e o estudo geotécnico”^{*};

Pela sua proposta nº 180/2004, de 19 de Abril último, o Exmº Presidente da Câmara propôs a adjudicação à empresa Edifer, pelo valor de € 2.836.857,89, acrescido de IVA, o que foi autorizado em Reunião da Câmara de 21 daquele mês;

O contrato foi outorgado em 18 de Maio de 2004;

A empresa Temundo interpôs acção de contencioso pré-contratual

* o que não foi possível confirmar nos autos



Tribunal de Contas

contra a referida deliberação de adjudicação junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, dela tendo dado conhecimento a este Tribunal em 24 de Setembro p.p. ;

A consignação teve lugar em 12 de Julho de 2004, tendo o adjudicatário expressado, logo então, a reserva do “direito de apresentar reclamação” em relação às “alterações das características do solo”.

3. Na **empreitada por preço global**, este é, nos termos do nº 1 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (redacção da Lei nº 163/99, de 14 de Setembro) previamente fixado, por referência a todos os trabalhos necessários para a execução da obra ou parte dela.

O nº 2 da mesma disposição enuncia o princípio de que devem ser contratadas por preço global as obras cujos projectos permitam determinar a natureza e as quantidades dos trabalhos a executar, bem como os custos dos materiais e da mão-de-obra a empregar.

A **apresentação deste projecto** pode, em **obras cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem**, ser solicitada aos concorrentes no âmbito do concurso (artigo 11º, nº 1), devendo neste caso o dono da obra definir, com suficiente precisão, os **objectivos** a atingir, **especificando os aspectos e características que considere vinculativos**. Nesta matéria e pelas razões apontadas, o programa do concurso deve ser claro e preciso no que respeita às grandes linhas da obra e às condições a respeitar para que os concorrentes possam, com um mínimo de clareza, conhecer os parâmetros e



Tribunal de Contas

limites da obra, o que traduz, numa empreitada desta natureza, a garantia do princípio da igualdade de tratamento das empresas candidatas à realização do projecto e da empreitada. Numa escola, haverá que referir-se o número de alunos estimado e a sua evolução prevista, a tipologia do edifício (pisos, acessos, etc.) e das salas de aula (dado tratar-se de escola básica e de jardim de infância) e dos espaços destinados às ATL, as áreas destinadas a ginásio, ao refeitório, etc.

Escolhido que seja, em concurso, o projecto base, é este que servirá para a elaboração do projecto de execução da obra (nº 2 do artigo 11º).

Dispõe ainda o artigo 13º do Decreto-Lei nº 59/99, que o **projecto base** da autoria do concorrente deve conter todos os elementos necessários à sua apreciação e à justificação do método de cálculo utilizado.

Quanto aos **erros e omissões do projecto**, se os nºs 1 a 4 do artigo 14º se dirigem aos casos em que o projecto é do dono da obra, já os nºs 5 a 7 do mesmo artigo são aplicáveis também às empreitadas de concepção/construção como o são os artigos 15º e 16º.

No artigo 22º do referido diploma legal, veio determinar-se que os concorrentes devem apresentar com as suas propostas as listas de preços unitários que lhes tenham servido de base.

Por seu lado, o artigo 24º, relativo à realização de trabalhos preparatórios e acessórios, após enunciar o princípio de que tal realização é encargo do empreiteiro, vem, no nº 3, exigir que os encargos com o estaleiro, que são da responsabilidade do dono da obra, constituam, por essa razão, um preço contratual unitário.



Tribunal de Contas

Por sua vez, o artigo 30º do Decreto-Lei nº 59/99, também ele aplicável às empreitadas por preço global, vem admitir que, em qualquer momento, o empreiteiro possa propor ao dono da obra alterações (ou variantes) ao projecto, em relação à parte ou partes dos trabalhos ainda não executadas (nº1).

No mesmo bloco normativo, o artigo 37º, respeitante à **responsabilidade por erros de concepção do projecto**, vem definir o princípio de que, por estes, respondem o dono da obra ou o empreiteiro, conforme o projecto seja de um ou de outro (nº 1). Contudo, no caso de o projecto ser da autoria do empreiteiro, o dono da obra será responsável pelas deficiências e erros do projecto quando estes resultem da inexactidão dos dados de campo, estudos ou previsões por ele fornecidos sem reservas.

No respeitante ao processo do concurso público, o artigo 60º do Decreto-Lei nº 59/99 exige a constituição de duas comissões, uma direccionada para a abertura do concurso e actos conexos e para a qualificação dos concorrentes, outra vocacionada para a análise das propostas e preparação do acto de adjudicação.

Nos termos do nº 5 do artigo 62º, quando o projecto base deva ser elaborado pelo empreiteiro, o projecto de execução e o caderno de encargos são substituídos pelos **elementos escritos e desenhados necessários para definir com exactidão o fim e as características fundamentais da obra** posta a concurso. Acresce ainda a **obrigação** (nº 4 do artigo 63º) de **o dono da obra definir as características geológicas do terreno**, quando não estejam disponíveis os estudos geológicos ou geotécnicos a que se refere o nº 3 da mesma disposição.



Tribunal de Contas

Em matéria de documentos do concurso, o artigo 66º determina que, sendo o projecto da empreitada apresentado pelo concorrente, o programa do concurso deve especificar os **requisitos a que tenha de obedecer o projecto** (alínea b) do nº 1).

Para a elaboração da proposta na empreitada por preço global, os artigos 75º e 78º remetem, respectivamente, para o modelo nº 1 do Anexo III ao Decreto-Lei nº 59/99, e para o programa do concurso e caderno de encargos.

Já quanto ao acto público do concurso, dispõe o artigo 86º que cabe à comissão de abertura analisar os documentos que instruem as propostas tendo em conta o disposto no artigo 94º, regulador da **admissão e da não admissão das propostas**, sendo que os fundamentos desta exclusão se encontram enunciados no seu nº 2, de que se salientam a não instrução da proposta com todos os documentos exigidos pelo programa do concurso (alínea b) do nº 2).

À mesma comissão compete deliberar sobre a habilitação dos concorrentes, elencando o nº 2 do artigo 92º os casos em que as empresas devem, nesta fase, ser excluídas. A estes fundamentos acresce a situação regulada no nº 1 do artigo 58º, respeitante à “concorrência”.

Na fase de qualificação dos concorrentes, regulada nos artigos 98º e 99º do Decreto-Lei nº 59/99, pode também haver lugar à **exclusão dos concorrentes**, quando estes não demonstrarem aptidão para a execução da obra (nº 3 do artigo 98º); os **concorrentes considerados aptos passam à fase de análise das propostas em igualdade de condições** (nº 4 do mesmo artigo).

Iniciada a fase de análise das propostas, o artigo 100º é bem claro ao enunciar dois princípios básicos: as **propostas dos concorrentes qualificados na fase anterior são analisadas em função do critério de adjudicação** pré-



Tribunal de Contas

estabelecido e de acordo com o respectivo mérito, e, nesta fase de análise das propostas, já **não é permitido ter em conta, directa ou indirectamente, a aptidão dos concorrentes** entretanto avaliada.

O artigo 106º, no caso em que o projecto seja da autoria do concorrente, veio admitir, embora a título excepcional, que o dono da obra possa **acordar**, com o concorrente escolhido e nas condições nele fixadas, **alterações ao projecto**.

Por seu lado, o artigo 107º veio definir os casos em que o dono da obra **não pode adjudicar a empreitada** – a rejeição de uma proposta com fundamento em preço anormalmente baixo encontra-se regulada nos nºs 2 a 4 do artigo 105º – neles se incluindo, entre outros:

- o preço consideravelmente superior ao preço-base, quer da proposta considerada mais conveniente, quer de todos (alínea b) do nº 1) ;
- o preço anormalmente baixo de todas as propostas (alínea f) do nº 1) ;
- quando, sendo o projecto, como no caso em apreço, da autoria do empreiteiro, as condições oferecidas e os projectos lhe não convenham (alínea c) do mesmo nº 1).

Sobre a possibilidade de o dono da obra não proceder à adjudicação, fora dos casos previstos no artigo 107º, subscrevemos o entendimento de que tal só poderá ocorrer quando do programa do concurso constarem os casos que o dono da obra considera impedirem a adjudicação, mesmo assim apenas quando a sua especial importância o justifique e fundamente, como decorre das



Tribunal de Contas

garantias da boa fé contratual e da tutela da confiança que devem ser apanágio do acto de adjudicação*.

Para além dos aspectos atrás enunciados e respeitantes aos procedimentos exigidos para os contratos de empreitada, o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que transpõe para o ordenamento jurídico português as Directivas 592/50/CEE, de 18 de Junho e 93/36/CEE, de 14 de Junho, ambas do Conselho, e ainda as Directivas 97/52/CE, de 13 de Outubro, do Parlamento Europeu e do Conselho, veio consagrar os princípios genéricos da contratação pública, nesta se incluindo, nos termos e condicionalismos do seu artigo 4.º, as empreitadas de obras públicas. Consagrados nos artigos 7.º a 15.º daquele diploma, convergem na prossecução e consolidação das garantias de que se deve revestir a contratação pública com vista à obtenção das melhores condições técnicas e financeiras possíveis. E se este objectivo é a essência do quadro legal em vigor, certo é que a sua aplicação aos casos concretos se deve revestir de uma rigorosa ponderação dos interesses em causa, assegurando-se a transparência dos procedimentos e da decisão, nomeadamente no que à escolha do contratante concerne.

Aqui não poderá deixar de relevar a audiência prévia dos concorrentes (artigos 100.º a 105.º do CPA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, e artigo 101.º do Decreto-Lei n.º 59/99), essencial ao exercício do direito de resposta por parte das empresas cujas propostas, como no caso, foram excluídas pela comissão de análise; tal audiência não pode deixar de traduzir a possibilidade de os concorrentes trazerem ao procedimento concursal elementos

* Neste sentido, v. “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas”, 8ª Edição, de Jorge Andrade da Silva, em nota 3 ao artigo 107.º do Decreto-Lei n.º 59/99, o.p.p. 367 e 368.



Tribunal de Contas

úteis à decisão, nomeadamente quanto a questões suscitadas pelas respectivas propostas.

4. Da factualidade atrás enunciada e por referência aos normativos aplicáveis, é, desde já, de concluir que a **exclusão dos concorrentes, que ocorreu na fase de análise das propostas**, não encontra apoio legal nos fundamentos previstos no n.º 1 do artigo 107.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, nem tão pouco o programa do concurso dispõe sobre a matéria.

As razões invocadas tão pouco foram consideradas, na fase anterior do concurso, pela comissão de abertura para, em relação às empresas Temundo e Constructora San José, as excluir por força do n.º 2 do artigo 92.º ou ao abrigo do artigo 94.º, n.º 2, do mesmo diploma.

A comissão de abertura não considerou também estes dois concorrentes para efeitos da exclusão prevista no n.º 3 do artigo 98.º do Decreto-Lei n.º 59/99, tendo **reconhecido a um e a outro capacidade técnica, financeira e económica**; nestes termos, as empresas Temundo e Constructora San José passaram, com a Edifer e em condições de igualdade, à fase de análise das propostas.

O n.º 1 do artigo 100.º daquele diploma legal enuncia, como princípio, que **as propostas dos concorrentes qualificados devem ser analisadas em função do critério de adjudicação** estabelecido no programa do concurso e em conformidade com os factores (e subfactores, quando existam) de avaliação naquele fixados.



Tribunal de Contas

No caso em apreço, tal avaliação não chegou a ter lugar por força da invocação, pela comissão de análise, de deficiências nas propostas apresentadas pelos dois concorrentes atrás referidos que, com essa fundamentação, foram excluídos.

Ora, se estava em causa, nesta fase, encontrar a proposta mais favorável, o que caberia à comissão de análise era conhecer do maior ou menor mérito das propostas e graduá-las em conformidade, tendo por referência os factores e subfactores pré-definidos e quantificados pelo dono da obra.

Poderia contudo a comissão de análise conhecer qualquer fundamento de exclusão das propostas e dos concorrentes, na fase de avaliação dessas propostas?

Não contendo o Decreto-Lei nº 59/99 disposição sobre a matéria, a admissibilidade de tal pronunciamento não poderá, em qualquer caso, ultrapassar as causas e fundamentos de exclusão previstos nos nºs 2 dos artigos 92º e 94º do Decreto-Lei nº 59/99, já que a aptidão dos concorrentes não esteve nem poderia já estar em causa na fase de avaliação das propostas, por força do disposto no nº 3 do artigo 100º deste diploma.

A assim ser, e face ao elenco dos casos a que a lei imputa, como consequência, a exclusão dos concorrentes ou a não admissão das propostas, o único dispositivo eventualmente invocável seria o da alínea b) do nº 2 do artigo 94º, de acordo com o qual não são admitidas as propostas que não estejam instruídas com todos os documentos exigidos pelo nº 1 do artigo 73º, bem como pelo programa do concurso.

Já no que respeita à exclusão dos concorrentes prevista no nº 2 do artigo 92º do Decreto-Lei nº 59/99, está fora de causa que, no caso em apreço, pudesse



Tribunal de Contas

ser accionada pela comissão de análise, já que não foi invocada, em relação aos dois concorrentes, a ausência de qualquer elemento essencial de que careçam os documentos apresentados, não supável nos termos do nº 3 do mesmo artigo, nem tão pouco este nº 3 foi, neste caso, activado. Certo é que, para ser fundamento de exclusão dos concorrentes, a ausência de elemento essencial deveria impossibilitar a análise e graduação das propostas apresentadas, assim se inviabilizando a comparação efectiva entre estas e a proposta da empresa Edifer, o que não se encontra invocado nem demonstrado.

Assim sendo, verificar-se-ão no caso em apreço os requisitos enunciados na alínea b) do nº 2 do artigo 94º?

Entendemos que não.

Esta norma impõe a não admissão das propostas (como atrás se lembrou) que não tenham sido instruídas com todos os documentos exigidos pelo nº 1 do artigo 73º, dos quais relevam para o caso a nota justificativa do preço proposto e a lista dos preços unitários, com o ordenamento dos mapas-resumo de quantidades de trabalho [alíneas a) e b)], ou com os documentos exigidos pelo programa do concurso.

Começando por este último, e atendendo quer ao Programa de Concurso-tipo, quer ao anexo onde a Câmara elencou os aspectos e documentos adequados a esta empreitada, regista-se que foram exigidos aos concorrentes os certificados de classificação de empreiteiro de obras públicas com as categorias e subcategorias previstas na alínea a) do nº 8 do anexo ao P.C., declaração de não estar em dívida à Câmara por impostos liquidados nos últimos 3 anos, declarações abonatórias emitidas por entidades bancárias e a documentação necessária à avaliação da capacidade económica e financeira



Tribunal de Contas

dos concorrentes, além dos documentos de habilitação a que se refere o artigo 67º do Decreto-Lei nº 59/99 e o programa-tipo aprovado pela Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro.

Uma primeira conclusão se impõe: a exclusão dos dois concorrentes nada teve a ver com a falta de documentos exigidos pelo programa do concurso.

Já no que respeita ao nº 1 do artigo 73º do Decreto-Lei nº 59/99, e excluídos que sejam os documentos elencados nas alíneas c) (programa de trabalhos, no caso com as especificidades introduzidas pelo nº 11 do anexo ao programa), d) (plano de pagamentos), e) (memória justificativa) e f) (declarações de compromisso quando exigidos nos termos do nº 6 do artigo 266º) – cuja falta não foi mencionada – restarão a nota justificativa do preço (que foi apresentada pelos concorrentes) e a lista dos preços unitários, com o ordenamento dos mapas-resumo de quantidades de trabalho, mapas estes habitualmente fornecidos pelo dono da obra com o caderno de encargos, quando o projecto é apresentado pelo próprio dono da obra; com efeito, o artigo 10º do Decreto-Lei nº 59/99 impõe a este último que não só defina, nos elementos escritos e desenhados do projecto e no caderno de encargos e com a maior precisão possível, as características da obra e as condições técnicas da sua execução, bem como a qualidade dos materiais a utilizar, como também apresente mapas-resumo das quantidades de trabalho.

Ora, tais mapas não são susceptíveis de apresentação pelo dono da obra quando o projecto não é por ele elaborado mas sim entregue ao empreiteiro, como no caso em apreço, do que resulta que a lista de preços unitários a apresentar pelos concorrentes apenas tenha a ver com um projecto-base, já que a elaboração do projecto de execução só terá lugar após a adjudicação,



Tribunal de Contas

devendo sim reflectir os **objectivos** a prosseguir e os **aspectos considerados vinculativos** pelo dono da obra e que este, conforme lho exige o nº 1 do artigo 11º do Decreto-Lei nº 59/99, deve definir, com precisão suficiente, em “documento pelo menos com o grau equivalente ao do programa base”; este princípio é retomado pelo nº 5 do artigo 62º deste diploma. Também por estas razões, a lei inclui este tipo de obra no bloco normativo das empreitadas por preço global.

Se recorrermos ao anúncio do concurso, poderemos concluir que ao adjudicatário foi pedida a elaboração dos projectos seguintes (alínea d) do ponto 11): arquitectura, estabilidade (incluindo estudo geotécnico dos terrenos), águas e esgotos, electricidade, telefones, rede de gás natural, térmica, acústica, rede informática, AVAC, detecção de incêndios e anti-intrusão e plano de segurança. Com a proposta deveria ser entregue o estudo prévio (alínea e) do ponto 11).

De acordo com o anexo “cláusulas complementares do caderno de encargos tipo”, o projecto (a apresentar pelo empreiteiro) devia incluir “peça desenhada (planta)” e “volume de termos de referência para execução da empreitada”. E mais não consta dos autos com utilidade para o caso em análise.

Assim sendo, a exclusão das propostas das empresas Temundo e Constructora San José só poderia ter ocorrido na fase em que se verificou se tais propostas não tivessem sido instruídas com os documentos que lhes foram pedidos no âmbito do concurso e lhes eram exigíveis pela lei.

Mas, na verdade, o que esteve na base daquela exclusão foram razões materiais que nada tiveram a ver com os fundamentos do nº 2 do artigo 94º; se não vejamos:

- os encargos com a ligação de infra-estruturas necessárias à execução da obra, seus consumos e ligação definitiva seriam do



Tribunal de Contas

empreiteiro, mas a empresa Temundo comete o encargo do ramal de águas à entidade fornecedora de água, contrariando o caderno de encargos – esta causa de exclusão do concorrente (sic, cf. relatório da comissão de análise de 10.03.2004) não corresponde a nenhuma das causas de exclusão (das propostas) atrás enunciadas, tão pouco se inserindo na previsão dos artigos 58º ou 92º do Decreto-Lei nº 59/99 ;

- o concorrente Temundo não inclui o preço do projecto, o que implica estar diluído nos restantes preços unitários, empolando-os, o que contraria a jurisprudência do Tribunal de Contas – antes de mais, urge esclarecer que esta última abrange exclusivamente os encargos com o estaleiro que, por lei, cabem ao dono da obra e não ao empreiteiro, por isso devendo ser autonomizados ; tratando-se de encargo do empreiteiro, a sua autonomização não é exigida por lei, a que acresce ser compreensível a razão apresentada pela empresa em sede de reclamação (o projecto envolvia, para ela, custos próximos do 0, dada a anterior realização de projectos idênticos) argumento a que a Câmara foi indiferente; aliás, e em acréscimo, se estes custos empolavam os restantes preços unitários, seria natural que o encargo final da empreitada não fosse inferior ao da empresa adjudicatária, que autonomizou o custo do projecto; de qualquer modo, não estiveram aqui em causa os fundamentos constantes das atrás mencionadas disposições legais;
- o concorrente Constructora San José assinalava que os trabalhos não previstos na lista de preços unitários e que viessem a surgir no decorrer da empreitada deveriam ser tratados como trabalhos a mais



ou em regime de administração directa, o que não é de admitir face ao artigo 37º do Decreto-Lei nº 59/99, de que decorre que os erros do projecto são da responsabilidade do empreiteiro – neste caso, e independentemente de o mesmo artigo não deixar de, no seu nº 2, admitir que aquela responsabilidade pode ser do dono da obra, certo é que, e uma vez mais, não nos encontramos face a qualquer das causas de exclusão atrás enunciadas ;

o mesmo concorrente invocou a possibilidade de, inexistindo no processo estudo geotécnico do terreno, os pressupostos do projecto de estabilidade se não virem a verificar, com a consequente correcção das quantidades de trabalho – convém, a propósito, assinalar que o que o concorrente afirmou foi que “dada a previsível heterogeneidade das camadas geológicas, considerou-se a utilização de betão...”, acrescentando que “no caso improvável destes pressupostos não se verificarem... as quantidades de trabalho...serão corrigidas...”, o que é substancialmente diferente ; porém, seja como for e uma vez mais, não há qualquer ligação desta causa de exclusão do concorrente às atrás enunciadas;

a Constructora San José não fixou prazo para a elaboração dos projectos, o que significa que não tem prazo para entrega da obra, o que contraria o caderno de encargos – sem razão, porém, já que este, no ponto 27 do respectivo anexo, é claro ao fixar em 45 dias após a consignação o prazo de entrega dos ditos projectos, pelo que seria totalmente desnecessário que os concorrentes repetissem nas suas propostas tal prazo ; quanto ao prazo máximo de execução, o mesmo



Tribunal de Contas

ponto 27 fixou-o em 72 semanas, pelo que não só este engloba o prazo de entrega dos projectos, como também a inclusão de um prazo global na proposta só se justificaria se o prazo proposto fosse inferior, tanto mais que ao factor “prazo de execução” foi atribuído 10% de valoração (ainda que, na grelha resultante da simulação feita pela Câmara, os concorrentes tenham obtido a mesma classificação) ; porém, e uma vez mais, este fundamento de exclusão não encontra conforto no invocado quadro legal.

5. Dando, assim, por assente, por um lado, o carácter imperativo e taxativo das causas que, por lei, habilitam à exclusão dos concorrentes ou das propostas por eles apresentadas, isto na fase prévia à da avaliação das propostas e, por outro, a possibilidade de a comissão de análise e, por maioria de razão, a entidade adjudicante virem accionar, com esses fundamentos, aquela exclusão, já em fase de avaliação das propostas, sendo também certo que, exclusivamente nesta última fase do concurso, a exclusão (rejeição) das propostas só pode ocorrer nos termos e condicionalismos dos n.ºs 2 a 4 do artigo 105.º ou, aí tendo como consequência a proibição de adjudicação, do artigo 107.º do Decreto-Lei n.º 59/99, salvaguardada, que seja, a existência de cláusula inscrita no programa do concurso e relativa a fundamentos para a exclusão de propostas, urge concluir que, fora deste enquadramento, a exclusão de dois dos três concorrentes considerados aptos na fase da qualificação, reduzindo à mínima espécie as garantias de concorrência efectiva, não pode deixar de se considerar ferida de violação do bloco normativo regulador dos processos de empreitadas públicas, referido no capítulo 3 deste acórdão.



Tribunal de Contas

Como se deixou evidenciado, a fundamentação invocada para a exclusão das duas empresas é de uma fragilidade tanto mais preocupante e gravosa quanto tudo indicia que o resultado do concurso seria diferente se a exclusão dos dois concorrentes em causa se não tivesse verificado.

Se nos ativermos aos factores de ponderação das propostas definidos pela Câmara Municipal da Amadora, há que assinalar que, por sua opção, o preço, só por si, valia 50%, enquanto que, quer à valia técnica da proposta, quer à solução arquitectónica, se atribuiu 20%.

Ora, a própria Câmara, na sequência de pedido deste Tribunal, procedeu à simulação do resultado final do concurso caso as três propostas tivessem sido admitidas, do que resultou que, de acordo com a grelha de classificação final, a empresa adjudicatária ficou graduada em terceiro lugar*. Com isto fica demonstrado não só que nada nas propostas excluídas inviabilizaria a sua apreciação, como também que, sobretudo por força do peso atribuído ao factor preço, a proposta da Edifer, sendo mais cara do que qualquer das propostas excluídas, não tinha capacidade para sair vencedora do concurso, já que, nos restantes factores de ponderação, mesmo com menor classificação, as empresas excluídas apresentaram propostas susceptíveis de apreciação e graduação.

Considerando, ainda, que o factor “valia técnica” incluía 4 subfactores (programa de trabalhos, memória descritiva e justificativa, meios humanos e equipamentos, valorados, cada um deles, em 25%), e que o factor “solução arquitectónica” admitia 3 subfactores (integração na envolvente, valendo 40%,

* Esta graduação resultou de a proposta da Edifer ser superior em € 615.960,01 e € 442.702,89 às das empresas classificadas, naquela simulação, em 1º e 2º lugar.



Tribunal de Contas

qualidade arquitectónica, valendo 35%, e adequação funcional/legal, 25%), as deficiências detectadas nas propostas dos concorrentes excluídos poderiam - como eventualmente o terão sido na simulação efectuada - ter-se repercutido na pontuação atribuída a cada factor e subfactor e, através deles, à proposta, mas então sem quebra dos princípios enformadores da contratação pública.

Não foi essa a opção da Câmara Municipal da Amadora que, ouvida uma vez mais sobre a legalidade das referidas exclusões, veio trazer aos autos dados que aqui se dão por reproduzidos e que em nada alteram as questões atrás suscitadas, sendo de sublinhar a afirmação de que “a adjudicatária foi a única concorrente que englobou na sua proposta todos os custos referentes à concepção e execução da empreitada”.

6. Antes de finalizarmos, deixa-se uma última referência a uma questão prévia que, por ser relevante para a decisão, não deve ser silenciada. Com efeito, como se assinalou atrás, a lei atribui à empreitada conhecida como de “concepção/construção” natureza vincadamente excepcional, exigindo que as obras em causa se revistam de **complexidade técnica** ou **especialização** justificativas da opção. No processo pode confirmar-se que nem uma coisa nem outra foram invocadas na Proposta 379/2003 do Exm^o Presidente da Câmara, aprovada na reunião da Câmara de 4 de Junho de 2003, nem na Informação n^o 447/03 do Departamento de Obras Municipais; atenta a dimensão do concelho e do parque escolar gerido pela Câmara, bem como a evidente falta de complexidade desta obra em concreto, não se encontra assim demonstrado que o recurso a este tipo de empreitada no caso em apreço tenha respeitado o quadro de exigências do n^o 1 do artigo 11^o do Decreto-Lei n^o 59/99.



Tribunal de Contas

Não é demais salientar que o recurso a este tipo de empreitada, ao admitir que o projecto não seja elaborado, como é a regra, pelo dono da obra, deixa uma significativa margem de indefinição aos concorrentes, a quem passa a caber a planificação da obra em função de um projecto cuja concepção lhes caberá. Mas, porque a lei não podia deixar de garantir que os princípios gerais que regulam a contratação pública fossem respeitados neste tipo de empreitada, veio ainda exigir que o dono da obra defina, com precisão, os **objectivos** que se pretende sejam atingidos, especificando os que considera vinculativos, sendo que o nº 5 do artigo 62º do Decreto-Lei nº 59/99 dispõe que, quando o projecto base for elaborado pelo empreiteiro, “o projecto de execução e o caderno de encargos serão substituídos pelos elementos escritos e desenhados necessários para definir com **exactidão o fim e as características fundamentais** da obra” [destaques nossos], acrescentando-se no nº 4 do artigo 63º, respeitante a “peças do projecto”, que, em caso de não junção de estudo geológico ou geotécnico pelo dono da obra, “são obrigatoriamente definidas pelo dono da obra as características geológicas do terreno previstas para efeitos do concurso”.

Acontece que os requisitos decorrentes destes normativos se não encontram patenteados nas peças do processo, com relevância para os chamados “Anexos” ao programa e ao caderno de encargos, apesar de se ter recorrido ao programa-tipo onde se refere poderem ser solicitadas cópias das peças escritas e desenhadas, o que não se configura satisfazer a exigência de clareza e transparência subjacente àquela disposição legal.

A ausência de parâmetros concretos e previamente fixados relativos à quantificação da população escolar utilizadora do estabelecimento de ensino, à



Tribunal de Contas

tipologia do edifício em função da sua dupla utilização – ensino básico e jardim infantil -, às áreas de apoio (ginásio e refeitório) e a outros aspectos associados terá deixado ao critério dos concorrentes a respectiva definição, violando-se, por esta forma, a obrigação legal definida no nº 5 da atrás citada disposição legal e pondo em crise a prossecução do interesse público e os princípios da legalidade, transparência, publicidade e igualdade, de que decorrem as garantias de uma saudável concorrência.

7. Em conclusão e face aos elementos de facto e de direito atrás enunciados, das ilegalidades verificadas resultou **alteração**, agravando-o, **do resultado financeiro do concurso**, o que nos termos da alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento da recusa do visto.

Termos em que, e em consequência, se acorda, em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal, em recusar o visto ao contrato celebrado entre a Câmara Municipal da Amadora e a empresa Edifer – Construções Pires Coelho & Fernandes, S.A.

São devidos emolumentos.

Dê-se conhecimento ao Excelentíssimo Juiz do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra.

Lisboa, em 12 de Novembro de 2004.



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros

Adelina Sá Carvalho – Relator

Lídio de Magalhães

Adelino Ribeiro Gonçalves

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto