



Transitou em julgado em 22/02/05

ACÓRDÃO Nº 19 /2005 – 1 FEV – 1ºS/SS

Processo nº 2587/04

1. A Câmara Municipal de Matosinhos remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato de empreitada de **“Reparação da Escola EB1 de Santiago”**, celebrado com a empresa DOMINGOS CARVALHO, S.A., pelo valor de €401.329,10, mais IVA.

2. De acordo com os elementos integradores do processo, são de reter os seguintes factos com relevância para a decisão:

- 2.1. O presente contrato foi precedido de concurso público aberto por aviso publicado no DR, III Série, de 28 de Maio de 2004 e restantes publicações legais;
- 2.2. No ponto 14 do Programa do concurso, o preço base do concurso foi fixado em €275.000,00, acrescido do IVA;
- 2.3. A empreitada é por preço global (ponto 10.1 do Programa);
- 2.4. De acordo com o nº 21 do Programa do concurso, os factores de apreciação das propostas, para efeitos de adjudicação à “proposta economicamente mais vantajosa”, eram o “preço” (50%) e a “valia técnica da proposta e a sua adequação ao objecto da empreitada” (50%);



- 2.5. O mapa de quantidades posto a concurso continha várias referências a marcas sem a menção “ou equivalente” (Cap. XIX 4.1, XIX 4.3, XX 2, XX 3), o que se verificou também nas “condições técnicas especiais” (pontos VI 3, XII 1, XII 2.1, XVIII 1, XVIII 2, XVIII 4, XVIII 6, XVIII 7, XVIII 8, XVIII 9 e XVIII 10);
- 2.6. Apresentaram propostas 5 empresas, tendo os respectivos valores oscilado entre € 401.329,10 (a mais baixa, da empresa adjudicatária) e €525.117,43 (a mais alta);
- 2.7. No termo do processo concursal e sob proposta da Comissão de Análise, o Executivo camarário aprovou nas reuniões da Câmara de 16 de Agosto e de 13 de Setembro de 2004, a adjudicação da empreitada à empresa “Domingos Carvalho, S.A.” pelo valor de € 401.329,10, acrescido de IVA, o que consubstancia um **valor superior em 45,94% ao preço base** fixado no concurso;
- 2.8. O contrato foi outorgado em 27 de Outubro de 2004, tendo a consignação da obra tido lugar em 15 de Novembro passado.
3. A Câmara Municipal de Matosinhos foi questionada quer sobre a razão pela qual, em violação do nº 6 do artigo 65º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, predefiniu marcas no concurso, quer sobre a legalidade da adjudicação a uma proposta superior em cerca de 46% ao preço base.

O Exmº Presidente da Câmara remeteu, em resposta, os seguintes esclarecimentos prestados pelos Serviços Técnicos da Câmara:



Tribunal de Contas

- *“No mapa de medições, são referidas algumas marcas sem que, e por lapso, conste a expressão “do tipo” e/ou “equivalente”. A referência a marcas visa unicamente impor um limite mínimo de qualidade e obter uma uniformidade entre todos os concorrentes, subentendendo-se sempre que os mesmos poderão ser de qualquer marca, desde que mantidas as características exigidas”.*
- *“Analisada novamente a base do concurso, concluiu-se que a mesma tinha sido mal calculada, dado que os valores unitários que serviram de base não eram os correntes do mercado para as respectivas especialidades. Analisadas todas as propostas apresentadas a concurso, concluiu-se que estas apresentavam valores correntes do mercado...”. Conclui de seguida que “não se aplica o disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 107º do Decreto-Lei nº 59/99, dado que o valor das propostas não são elevadas, mas sim a base de licitação do concurso é que está muito baixa, tendo em conta os preços unitários correntes do mercado...”.*

4. No que respeita à menção a “marcas”, a Câmara Municipal de Matosinhos viu já um anterior contrato de empreitada visado com recomendações (Acórdão nº 100/2004, de 15 de Junho, 1ª Secção – Proc nº 640/04).

Tal recomendação é, contudo, posterior à data da reunião da Câmara (1 de Março de 2004) em que foi deliberado abrir o concurso da empreitada ora em apreço, pelo que, no que a esta matéria se refere, se retoma o teor dos fundamentos jurídicos e das conclusões do citado acórdão. Com efeito, determina o artigo 65º, nºs 5 e 6, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, que, “salvo em casos excepcionais justificados pelo objecto da empreitada, não é permitida a introdução no caderno de encargos de especificações técnicas que mencionem produtos de fabrico ou proveniência determinada ou processos que



Tribunal de Contas

tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas” (nº 5), sendo “designadamente, proibida a indicação de marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, ou de uma origem ou produção determinadas, sendo, no entanto, autorizadas tais indicações quando acompanhadas da menção “ou equivalente”, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso a especificações “suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados” (nº 6) . Face a este normativo – que visa, em conformidade com o artigo 10º da Directiva 93/37/CEE, transposta para a nossa ordem jurídica precisamente por este artigo 65º (especificações técnicas), proibir que, mesmo por via indirecta, se dificulte ou afaste a candidatura de empresas que não preencham determinados requisitos – as indicações a que se fez referência em 2.5. são susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato.

5. No que ao preço, no caso indiscutivelmente superior ao preço base, concerne há que, antes de mais, ter em conta a natureza imperativa da norma consignada na alínea b) do nº 1 do artigo 107º do Decreto-Lei nº 59/99. Com efeito, nela se consagra que “O dono da obra **não pode** adjudicar a empreitada quando **todas** as propostas ou a **mais conveniente** ofereçam preço total **consideravelmente superior** ao preço-base do concurso” (sublinhados nossos), termos estes inequívocos quanto à **obrigatoriedade de não adjudicar**; não fixou, porém, o legislador, critério para qualificar enquanto tal, quantificando-o, o preço da ou das propostas. Em Acórdão de 19 de Novembro de 2003 (Proc. 1431/03) do STA, afirma-se mesmo que “valor consideravelmente superior” é



Tribunal de Contas

um “conceito vago e indeterminado”, ainda que, por se não integrar no poder discricionário, sindicável pelos Tribunais, que poderão “conferir se o juízo avaliativo feito pela Administração é ou não adequado”.

Sendo já extensa a jurisprudência deste Tribunal sobre a matéria, e como se vem assinalando em anteriores acórdãos, a “imperatividade consagrada no artigo 107º, nº 1, do Decreto-Lei nº 59/99 – cuja natureza financeira se afigura inquestionável - 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 àquela”* (sublinhados nossos).

E mais: tratando-se de **empreitada por preço global** – ou seja, aquela cujo montante é previamente fixado, correspondendo este à realização de todos os trabalhos necessários à execução da obra ou parte dela (nº 1 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 59/99) – mais evidente se torna o relevo, para a opção de concorrer ou não, do preço base atribuído pelo dono da obra à empreitada concursada.

A evolução do regime legal na matéria é aliás, para o caso que nos ocupa, significativa. Assim:

O Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, no seu preâmbulo, anuncia que, decorrendo de uma revisão global do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, com vista a uma adequada transposição da Directiva nº 93/37/CE,

* Acórdão nº 57/2004, de 4 de Maio, 1ª S/SS – Procº nº 396/04.

de 14 de Junho, as inovações que consagra resultam de “imperativos do direito comunitário” e de “exigências de sistematização do direito interno”, visando-se



Tribunal de Contas

ainda a transposição da Directiva 97/52/CE, de 13 de Outubro . No mesmo preâmbulo, quando se relevam alguns aspectos do diploma, assinala-se a inclusão de um regime relativo ao “controlo de custos de obras públicas”, com ele se restringindo de forma significativa a “possibilidade de execução de trabalhos que envolvam aumento de custos resultantes, designadamente, de trabalhos a mais e erros ou omissões do projecto, instituindo-se mecanismos de controlo das condições em que tais trabalhos possam ser autorizados”.

É neste quadro geral que a jurisprudência deste Tribunal tem, de forma aprofundada e doutamente fundamentada, considerado o artigo 107º um instrumento dessa preocupação de conter, dentro de um contexto de rigor e segurança para as partes envolvidas, os encargos decorrentes dos processos de empreitada.

A história do referido artigo 107º é, com efeito, já longa:

Sempre no âmbito da matéria “adjudicação”, o legislador veio curando, ao longo dos vários diplomas aplicáveis, de elencar os casos em que o dono da obra **podia decidir não adjudicar** a empreitada (o artigo 92º do Decreto-Lei nº 48 871, de 19 de Fevereiro de 1969 que referia que aquele **tinha o direito** de não fazer a adjudicação, vigorou até ao Decreto-Lei nº 235/86 de 18 de Agosto, cujo artigo 95º optou pela expressão “o dono da obra **pode decidir** não adjudicar”, mas sob a epígrafe “direito de não adjudicação”) e, a partir do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, os casos em que o dono da obra **não podia adjudicar** (artigo 99º com a epígrafe “não adjudicação”).

Quando o Decreto-Lei nº 59/99, em vigor, retomou no seu artigo 107º o princípio de que, nos casos nele previstos, **o dono da obra não pode adjudicar**, assumiu também a quota-parte de “subjectividade de avaliação” que já criticava Jorge Andrade da Silva, na sua obra “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas”, em anotações ao artigo 95º do Decreto-Lei nº



Tribunal de Contas

235/86; escreveu então aquele autor que, trazendo de novo o artigo 95º, por relação ao regime de 1969, a exigência de que, para que a adjudicação pudesse não ter lugar, o preço proposto fosse “consideravelmente superior no preço base” – alínea b) – (o Decreto-Lei nº 48 871 referia “preço global superior à base de licitação”), a lei optara por atribuir latos poderes discricionários ao dono da obra, referindo ainda que face à subjectividade da expressão “consideravelmente”, mais valera que o legislador tivesse estabelecido um limite percentual, à semelhança do valor anormalmente baixo, também ele fundamento de não adjudicação se a nota justificativa não fosse tida como esclarecedora (alínea f) do mesmo artigo 95º e nº 3 a 6 do artigo 93º do Decreto-Lei nº 235/86).

Mas Jorge Andrade da Silva alertava ainda, a este propósito, para que, se ao dono da obra não era permitido, por força da natureza do concurso de obras públicas, não adjudicar quando entendesse e de forma arbitrária, também o **direito de não proceder à adjudicação** era de **exercício obrigatório para o dono da obra**, qualquer que fosse a hipótese das previstas no artigo 95º do Decreto-Lei nº 235/86. A controvérsia então suscitada pela expressão utilizada (“o dono da obra pode decidir não adjudicar”) - já que outros entendiam que o dono da obra, se tinha o direito de não adjudicar, poderia ainda assim adjudicar a obra se o entendesse - cessou com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 405/93, no qual o legislador tomou clara posição na matéria ao epigrafar o artigo 99º com “não adjudicação” e ao optar no nº 1 pela expressão “o dono da obra **não pode adjudicar** a empreitada” nos casos nele elencados, nomeadamente – alínea b) – quando o preço da (ou das) proposta (s) fosse consideravelmente superior ao preço base, sendo no entanto possível proceder à adjudicação quando “o interesse público prosseguido o determinar” (parte final da referida alínea).



Tribunal de Contas

Já não foi, contudo, o legislador sensível à questão do sentido da expressão “consideravelmente”, já que a não quantificou, deixando-a uma vez mais ao critério do dono da obra, ao seu bom senso e às circunstâncias concretas em que o processo concursal decorresse.

E não o terá feito por acaso. Se se atentar ao desaparecimento da “quantificação” anteriormente existente para o “preço anormalmente baixo”, também ele fundamento para a não adjudicação, o que decorreu do quadro comunitário aplicável na matéria, melhor se compreenderá que o legislador se terá por certo considerado impedido, face às Directivas cuja transposição se visava, de quantificar, designadamente por referência a uma percentagem, as expressões “consideravelmente superior” e “anormalmente baixo” adoptadas no nº 1 do artigo 99º do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, e retomadas no artigo 107º do Decreto-Lei nº 59/99.

A lei deixa, na verdade, neste caso (como noutros – cf. artigos 134º e 136º) margem de opção ao dono da obra, que deverá em todos os casos exercitar, com sólida e expressa fundamentação, as suas capacidades de percepção da evidente graduação conceptual de cada uma das expressões e sobretudo o bom senso que não pode deixar de estar subjacente a decisões gestionárias a tomar num quadro legal de evidente exigência.

Daí que os nºs 2 e 3 do artigo 107º do Decreto-Lei nº 59/99 refiram expressamente a obrigação de informar, com urgência e por escrito, os



Tribunal de Contas

concorrentes das decisões de não adjudicar ou de interromper o concurso, e também que, no nº 4, se refira expressamente que, quando o dono da obra **decida** não adjudicar nos casos das alíneas b) (a que nos ocupa) e e) (conluio), o deve comunicar ao IMOPPI ; se não houvesse capacidade de decidir adjudicar ou não, esperar-se-ia do legislador que se limitasse a referir “nos casos das alíneas b) ou e) do nº 1, o dono da obra comunicará...”.

Essa ponderação - que não pode deixar de reflectir e privilegiar o interesse público, com relevância para o **impacto financeiro da obra** e o **eventual desvirtuamento das leis do mercado** (como tem vindo a salientar a jurisprudência deste Tribunal) - não estando apoiada em parâmetros quantificados, exige contudo que o dono da obra desenvolva os trabalhos preparatórios do concurso, com relevo para a ponderação do valor-base, ou seja do custo estimado da obra, com o cuidado e profundidade esperado numa boa gestão da coisa pública . Quando se trata de preços do mercado, o alheamento evidente (e reconhecido pela Câmara) da realidade é motivo de censura e, até, incompreensível quando se trata de uma instituição da dimensão da Câmara de Matosinhos e se está perante uma obra corrente, sem complexidade técnica ou especialização que justificassem aquela divergência.

Assim, cabendo a este Tribunal a densificação da norma em questão, é inevitável concluir existir, no caso em apreço, **obrigação de não adjudicar**. Com efeito, um desvio (na proposta mais baixa) de 46%, não pode deixar, para o senso comum, de traduzir um **preço consideravelmente superior ao preço base** do concurso. Mas há mais: o que provocou este acréscimo foi a evidente



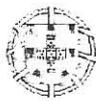
Tribunal de Contas

desatenção aos custos do mercado, o que, à evidência, não poderia deixar de alterar para mais a estimativa de custos inicial.

A não ponderação destas circunstâncias no momento adequado, ou seja antes da publicitação do anúncio, foi uma imprudência desadequada a uma correcta gestão da obra e a ilegalidade decorrente do acto de adjudicação levou, de forma clara e significativa, à **alteração dos resultados financeiros** do concurso, pelo que se encontra verificada a previsão da alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, não colhendo, a nosso ver, a linha argumentativa da Autarquia, porquanto o dono da obra tinha disponíveis indicadores da não sustentabilidade do preço base adoptado quando da abertura do concurso; contudo, ainda assim, e apesar da impressionante clivagem de custos verificada, a Câmara optou por ignorar a obrigação legal de não adjudicar.

Acresce que, no caso em apreço, tratando-se de empreitada por preço global, a circunstância de se ter fixado um preço base desfocado dos valores reais do mercado **potencia**, de forma acentuada, a **redução do universo concorrencial**, não sendo, assim, de estranhar que outras empresas – além das cinco que se apresentaram ao concurso – se tenham absterido de concorrer face à inevitabilidade de incluírem preços substancialmente superiores ao preço base.

6. Em conclusão, encontrando-se demonstrada a alteração dos resultados financeiros do contrato por via da adjudicação da obra, verifica-se desconformidade com a lei aplicável determinante de recusa de visto, como previsto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

Considerando, ainda, o teor do nº 1 do artigo 107º do Decreto-Lei nº 59/99 e os objectivos que prossegue, é pertinente qualificar aquela disposição legal como norma de natureza financeira, cuja violação integra a previsão da alínea b) do nº 3 do mesmo artigo 44º.

Termos em que, pelos fundamentos expostos e conforme previsto nas alíneas b) e c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, se acorda na 1ª Secção deste Tribunal, em Subsecção, em recusar o visto ao contrato de empreitada em apreço.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.

Lisboa, em 1 de Fevereiro de 2005.

Os Juizes Conselheiros

Adelina Sá Carvalho

Adelina Sá Carvalho – Relator

Adelino Ribeiro Gonçalves

Adelino Ribeiro Gonçalves

José Luís Pinto Almeida (com declaração de voto)

José Luís Pinto Almeida

voto o acordat. Porém no que respeita à ilegalidade resultante da violação da al. b) do nº 1 do artº 107º do D.L. nº 59/99. de 2/3 votos a recusa do visto também com os fundamentos constantes no acordat nº 18/01-Mar.27-105/PL, publicado no Diário da República, II série, nº 94, de 21 de Abril de 2001 e na Internet na página deste Tribunal com o endereço www.tcontas.pt.

José Luís Pinto Almeida

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

[Signature]