



ACÓRDÃO N.º 03/2007 - 15.Jan.2007 - 1ªS/SS

(Processo n.º 1774/2006)

SUMÁRIO:

1. A falta de concretização da adjudicação por todas as propostas, ou a proposta mais vantajosa, serem de valor consideravelmente superior ao preço base do concurso (cfr. art.º 107.º, n.º 1, al. b) do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março), permite ao dono da obra o recurso ao ajuste directo para a realização da mesma empreitada, desde que o contrato se celebre em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso (cfr. art.º 136.º, n.º 1, al. a) do referido diploma legal).
2. A possibilidade de recurso ao ajuste directo depende, ainda, da verificação cumulativa de vários pressupostos, entre os quais, a existência de urgência imperiosa, ou seja, resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra (cfr. art.º 136.º, n.º 1, al. c) do mesmo diploma normativo.
3. Não estando reunidos os pressupostos exigidos pelas als. a) e c) do n.º 1 do art.º 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, não é legalmente possível o recurso ao ajuste directo pelo que, atento o valor dos trabalhos, a adjudicação deveria ter sido precedida de concurso público.
4. A falta de concurso, quando legalmente exigível, torna nulo o procedimento e o contrato por preterição de um elemento essencial (arts. 133.º, n.º 1 e 185.º do Código de Procedimento Administrativo), nulidade que nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento da recusa do visto.

Conselheiro Relator: Pinto Almeida



Mantido pelo acórdão nº 5/07, de
24/04/07, proferido no recurso nº
05/07

Acórdão nº 3 /07-15.Jan-1ªS/SS

Proc. nº 1774/06

1. O **Município de Terras de Bouro** remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato da empreitada de “**Construção de Núcleo Museológico em S. João do Campo**” celebrado com a empresa **Arlindo Correia & Filhos, Lda.**, pelo preço de **785.000,00 €**, 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 DR, III série, de 17 de Março de 2006 a Câmara Municipal de Terras de Bouro abriu concurso para a realização da empreitada de “**Construção de Núcleo Museológico em S. João do Campo**”, com o preço base de 529.352,05 € (fls 6 dos autos);
- No relatório de análise das propostas (a fls 7 e 8 dos autos) a respectiva comissão concluiu assim:

“Considerando que o custo dos trabalhos, da acordo com as medições do projecto, estava estimado em 529.352,05 €, numa primeira análise constatou-se que oito das nove propostas apresentam valores que excedem em 25% o preço base, conforme se pode constatar no Quadro 1, que se anexa, e, a proposta que apresenta um preço dentro dos limites é detentora de um erro não supriável na medida em que não apresenta preço unitário para o artigo 19.1 do Capítulo 19.

Face ao que antecede, conclui-se da não existência de condições para adjudicar a presente empreitada pelo que se propõe a adequação da estimativa orçamental desta obra pelos



Tribunal de Contas

valores médios do mercado sendo que, logo que aprovada a nova e real estimativa orçamental, deverá novamente, ser aberto concurso público.”

- Subsequentemente, em 31/05/2006 a Divisão de Planeamento e Urbanismo enviou à Câmara Municipal a informação nº 152-A/DPU (fls. 9 e S.S. dos Autos) sobre o assunto **“Construção de Núcleo Museológico em S. João do Campo”** sugerindo *“a audição do Gabinete Jurídico da Câmara Municipal, de forma a aferir se os factos acima descritos fundamentam e reúnem as condições legais para que a Câmara Municipal, logo que aprovada a nova e real estimativa orçamental da obra, proceda à adjudicação desta empreitada com o recurso ao ajuste directo. Se tal parecer jurídico for favorável, deverão ser remetidos convites a todas as empresas que se mostraram interessadas no concurso público anteriormente aberto, e eventualmente, a outras que a Câmara Municipal entenda identificar”*.
- Na mesma informação justificava a urgência na realização da empreitada e, conseqüentemente, o recurso ao ajuste directo do seguinte modo:

“A conclusão desta obra, de acordo com o prazo de execução fixado no caderno de encargos, verificar-se-ia até ao final do presente ano, prazo este que se conformava com o cronograma físico-financeiro aprovado em sede do projecto financiado pelo INTERREG III A (...) considerando que o prazo de abertura de um novo concurso público, nesta data, implicará um inevitável incumprimento do cronograma físico-financeiro para realização deste investimento nos termos da candidatura aprovada. Considerando, também, que o regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas, consagrado no Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, prevê:

 - *No seu artigo 136º, nº 1, alª a), a admissibilidade do recurso ao ajuste directo, seja qual for o valor estimado do contrato em caso de em concurso público ou limitado aberto para 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*



Tribunal de Contas

estabelecidas para efeitos do Concurso, e, por sua vez a situação prevista na alínea b) do nº 1 do artigo 107º é a de que quando todas as propostas ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso;

- *Na alínea c), nº 1 do mesmo artigo 136º é ainda permitido o recurso ao ajuste directo na medida do estritamente necessário quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelo concurso público, limitado ou por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra”.*
- *Em 2/06/2006 a mesma Divisão de Planeamento e Urbanismo enviou à Câmara Municipal a informação 156/DPU (fls. 12) na qual se constata que “em cumprimento do despacho do Sr. Chefe da DPU, procedeu-se à adequação do preço base do concurso em epígrafe aos preços de mercado, tendo para o efeito sido efectuada a ponderação da média dos preços unitários com a excepção do preço mais alto e do preço mais baixo, resultando da mesma um valor na ordem dos 755.050,28 (...)”*
- *A fls 33 e ss dos autos consta um Parecer de uma Sociedade de Advogados, datado de 5/06/2006, que após considerar que:*
“Não resultam da Informação razões que nos permitam concluir que a obra foi sub-avaliada, para efeitos de fixação do preço-base. Tal facto seria relevante, sob pena de abrir a porta à violação dos procedimentos impostos pela contratação pública, bastando que as entidades administrativas fixassem um preço base anormalmente baixo, como expediente doloso para o subsequente ajuste directo. Contudo, se o preço-base foi mal determinado, pede verificar-se causa imputável ao Município, afastando a possibilidade de lançar mão da referida al. c) do nº 1 do art. 136º.
Nessa medida, adverte-se que é essencial que o preço base já fixado possua a sustentação técnica adequada, sob pena de estarmos perante uma ilegalidade, sendo que “a nova e real estimativa orçamental da obra” mencionada na Informação em alusão não pode divergir substancialmente do preço base prefixado nem fazer concluir que o preço base tivesse sido calculado por manifesto defeito por razões imputáveis ao Município.



Tribunal de Contas

(...)

Tal problema não se coloca na eventualidade de celebração do contrato em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso, o que a lei não exige a respeito da eventualidade prevista na al. c) do n.º 1 do art. 136º, exigindo-a, porém no caso previsto na al. a),

conclui que

“atentos os fundamentos e conclusões de facto exaradas na douta informação dos Serviços Técnicos, datada de 31 de Maio, é nosso parecer que é admissível o ajuste directo, no caso em apreço, tomando-se, no entanto, em conta, as questões supra suscitadas quanto à fixação do preço base e à referência que o mesmo deve constituir para a contratação visada”.

- Em reunião ordinária de 22/06/2006 (fls. 41 e s.s.), a Câmara Municipal de Terras de Bouro deliberou “proceder à escolha por ajuste directo do contraente empreiteiro (...) mediante consulta prévia”, com o fundamento “na alínea a) do nº 1 do artigo 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, no caso de o contrato se celebrar em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos de concurso, ou na alínea c) do nº 1 do mesmo art. 136º, atenta a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis e não imputáveis ao dono da obra.”
- Foram consultadas treze empresas, tendo apresentado propostas apenas oito.
- Por deliberação de 17 de Agosto de 2006 a empreitada foi adjudicada ao concorrente Arlindo Correia & Filhos, Lda., pelo preço de 785.000,00 €, acrescido de IVA.
- O contrato foi celebrado em 29 de Setembro de 2006 e remetido a este Tribunal em 23 de Outubro do mesmo ano.
- A obra foi consignada em 29 de Setembro de 2006.



Tribunal de Contas

3. Tendo-se solicitado à Autarquia que esclarecesse “qual a disposição legal concreta [alínea a) ou alínea c) do artigo 136º do Decreto-Lei nº 59/99] em que se fundamentou o ajuste directo” e ainda que esclarecesse como considerava “verificados os requisitos estabelecidos nas citadas alíneas ...”, respondeu (fls. 205 e ss. dos autos):

“1. Apesar de não ser necessário verificar a sua cumulatividade, ambas as disposições legais [alíneas a) e c) do artigo 136º do Decreto-Lei n.º 59/99], concorreram para fundamentar o ajuste directo, conforme consta da respectiva deliberação do Executivo Municipal.

Embora nos ofícios convite se faça unicamente referência expressa à alínea a), a referência à alínea c) encontra-se implícita no primeiro parágrafo dos mesmos ofícios convite.

2. Considerando que a alínea a) do n.º 1 do artigo 136º, prevê a admissibilidade do recurso ao ajuste directo, seja qual for o valor estimado do contrato em caso de em concurso público ou limitado aberto para a adjudicação da obra não houver sido apresentada qualquer proposta adequada por se verificar, nomeadamente, a situação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 107º que por sua vez determina 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 de concurso;

Considerando, também, que a alínea c) do n.º 1 do artigo 136º, prevê também a admissibilidade do recurso ao ajuste directo na medida do estritamente necessário quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelo concurso público (...), desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra;

Considerando que, a Câmara conduziu os procedimentos de forma a respeitar os prazos constantes no cronograma de acções da candidatura aprovada, nomeadamente com a abertura de concurso público cujo anúncio foi publicado no DR (Série III) em 17/03/2006, o qual, não fora a circunstância imprevisível de não se poder fazer a adjudicação em virtude de todas as



Tribunal de Contas

propostas excederem 25% o preço base do concurso, concorreria para a celebração do contrato de empreitada e respectiva consignação da obra em finais do mês de Maio/2006;

Considerando, também, as informações officiosas colhidas, àquela data, junto da “Antena” do Secretariado Técnico do SP1 do INTERREG III A, que iam no sentido de eventuais prorrogações dos prazos de execução dos projectos aprovados no âmbito da 2ª Convocatória (Projecto GEIRA III / SP1.P69 / 02) e 3ª Convocatória (Projecto GEIRA III / SP1.P144 /03), terem como data limite, no seguimento das orientações do Subcomité, o mês de Dezembro de 2007;

Considerando que no projecto GEIRA III / SP1.P69 / 02, esta Câmara Municipal tem aprovada, entre outras, a acção correspondente à execução física da obra do Núcleo Museológico, cuja musealização, inserta no projecto GEIRA III / SP1.P144 /03, terá de verificar-se até ao final do ano de 2007, havendo, por conseguinte, necessidade de compaginar a execução destas duas actividades com o objectivo de garantir a sua definitiva conclusão até ao termo daquele prazo;

Considerando, por último, que, em nosso entendimento, da proposta de adequação da estimativa orçamental aos preços médios do mercado não resultava uma alteração substancial constituindo-se, outrossim, na definição de um preço base congruente com os valores correntes no mercado das obras públicas, conclui-se que o contrato foi celebrado em condições substancialmente idênticas às estabelecidas em sede do citado concurso público, aberto por anúncio publicado no Diário da República n.º 55 (Série III), em 17/03/2006”.

4. Dispõe o nº 1 do artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, nas alíneas em que vem fundamentado o ajuste directo subjacente ao contrato em apreço:

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.



Tribunal de Contas

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;*

...

c) *Na medida do estritamente necessário quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos público, limitado ou por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra”*

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. Apreciando.

O ajuste directo vem, como se viu, fundamentado nas als. a) e c) do nº 1 do artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

Vejamos se, no caso, se encontram preenchidos os requisitos exigíveis naqueles normativos, começando pela al a).

É certo que, por força e em obediência ao disposto na al b) do nº 1 do artº 107º do Decreto-Lei nº 59/99, a adjudicação da empreitada em causa não teve lugar na sequência do concurso público aberto para o efeito em 17 de Março de 2006 em virtude de todas as propostas ou a proposta mais vantajosa ali apresentadas serem de preço consideravelmente superior ao preço base do concurso que, recorde-se, era de 529.352,05 €.



Tribunal de Contas

Perante este circunstancialismo permite a al. a) do nº 1 do artº 136º, depois, o recurso ao ajuste directo para a realização da mesma empreitada, mas na condição de que *o contrato se celebre em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos do concurso.*

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 529.352,05 €, excluído o IVA. E, como vem sendo jurisprudência deste Tribunal (cfr. entre outros o acórdão nº 62/01-Nov.27-1ªS/PL, 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*



Tribunal de Contas

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.

Ao ter alterado, no procedimento por ajuste directo, o preço base da empreitada (fixado agora em 755.050,28 €) a Câmara Municipal de Terras de Bouro alterou as condições em que havia sido aberto o concurso público de 17 de Março de 2006, deixando de haver identidade de circunstâncias entre este e o contrato em apreço

Mostra-se, assim, 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.

E preenche os requisitos impostos pela al. c)?

Este normativo faz depender a possibilidade de recurso ao ajuste directo da verificação cumulativa de vários pressupostos, entre os quais: a existência de urgência imperiosa; urgência resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra; que as circunstâncias invocadas não sejam imputáveis ao dono da obra.

A razão da invocada urgência, consoante resulta do probatório e dos esclarecimentos prestados pela autarquia, transcritos em **3.**, assenta na necessidade de cumprir o cronograma temporal constante da candidatura ao financiamento comunitário aprovado, no caso ao abrigo do INTERREG II A, sob pena de se perder tal financiamento.

Ora, a urgência exigível pela al. c) do nº 1 do art.º 136º, citado, tem que ser imperiosa ou seja, impreterível, significando com isso que a obra tem que realizar-se naquele momento (em



Tribunal de Contas

sentido amplo) sob pena de ou não ser mais possível realiza-la ou a sua não realização causar prejuízos irreparáveis.

No caso e perante as razões invocadas, não pode falar-se em urgência imperiosa.

E também não pode dizer-se que os acontecimentos causadores da alegada urgência imperiosa fossem imprevisíveis pelo dono da obra. A Câmara Municipal de Terras de Bouro tinha o dever de equacionar e admitir que o procedimento não tivesse o seu desfecho no prazo pretendido. A possibilidade de não adjudicação, quer por razões de inconveniência das propostas quer por imposição legal, deve ser sempre ponderada e admitida no procedimento adjudicatório.

A causa da não adjudicação da empreitada no procedimento concursal de 17 de Março de 2006 foi a desconformidade, por consideravelmente superiores, dos preços apresentados pelos concorrentes com o preço base do concurso.

E essa desconformidade deve-se à subavaliação que a Câmara fez dos custos da empreitada em sede de concurso público, o que reconhece e manda, em sede de ajuste directo, corrigir e actualizar. Daí que, mesmo que se tivesse admitido a existência de urgência, sempre as circunstâncias que lhe davam causa teriam que ser imputadas ao dono da obra.

Não pode assim, dar-se por verificados os pressupostos exigíveis pela al. c) do nº 1 do artº 136º para recurso ao ajuste directo.

Não estando reunidos os pressupostos exigidos pelas invocadas alíneas a) e c) do nº 1 do artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Maio, não era legalmente possível o recurso ao ajuste directo pelo que, atento o valor dos trabalhos, a sua adjudicação deveria ter sido precedida de concurso público.

6. Concluindo.



Tribunal de Contas

A falta de concurso, quando legalmente exigível, torna nulo o procedimento e o contrato em apreço por preterição de um elemento essencial (artºs 133º, nº 1 e 185º do Código de Procedimento Administrativo), nulidade que nos termos da al. a) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto constitui fundamento da recusa do visto.

Assim, pelos fundamentos expostos acorda-se em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal em recusar o visto ao mencionado contrato.

São devidos emolumentos

Lisboa, 15 de Janeiro de 2007

OS JUIZES CONSELHEIROS

(Pinto Almeida – Relator)

(Lídio de Magalhães)

(Helena Ferreira Lopes)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)