



ACÓRDÃO N.º 101/2008 - 28.Jul.2008 - 1ªS/SS

(Processo n.º 609/2008)

**DESCRITORES:** Adjudicação / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Autorização de Despesas / Avaliação dos Concorrentes / Capacidade Técnica / Competência / Critério de Avaliação / Documentos / Empreitada de Concepção-Construção / Norma Financeira / Restrição de Concorrência / Recusa de Visto

## SUMÁRIO:

1. O recurso à modalidade de empreitada concepção/construção só é admissível quando se trate de obras cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem (cfr. art.º 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março). A opção por esta modalidade de procedimento mais exigente restringe o universo concorrencial e altera, real ou potencialmente, os resultados financeiros do contrato.
2. O estabelecimento de critérios mais exigentes para avaliação da capacidade técnica dos concorrentes, quando a obra não reveste nem elevada complexidade técnica, nem especialização ou dimensão significativas, viola o disposto nos pontos 19.4 e 19.5 do Programa de Concurso tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro. Tal desconformidade restringe o universo concorrencial e altera, real ou potencialmente, os resultados financeiros do contrato.
3. As regras fixadas no Programa de Concurso e os esclarecimentos subsequentes relativos à apresentação de documentos e à condução do acto público do procedimento, contrários ao disposto nos arts. 90.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, tendo permitido a exclusão de um concorrente, alteraram, real ou potencialmente, os resultados financeiros do procedimento.



# Tribunal de Contas

---

4. A adjudicação e correspondente autorização de realização da despesa por entidade financeiramente não competente violam o disposto nos arts. 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho (*ex vi* art.º 4.º), normas de inquestionável natureza financeira.
5. As ilegalidades verificadas nos pontos 1 a 3 e no ponto 4, constituem, respectivamente, fundamento da recusa de visto nos termos previstos nas als. c) e b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com a nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

**Conselheiro Relator:** João Figueiredo



Transitou em julgado em 03/10/08

## ACORDÃO Nº 101 /2008 – 28 JUL. -1ªS/SS

**Processo nº 609/2008**

### I – OS FACTOS

1. O Ministério da Defesa Nacional, através do Centro de Finanças do Comando da Logística do Exército, remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada de “PM3/C.Rainha (ESE) – Conceção/Construção do Bloco de Alojamento de Alunos – A”, celebrado com a sociedade Construtora San José, S.A.”, pelo valor de 2.690.184,00 €, acrescido de IVA.
2. Para além dos factos referidos em 1., relevam para a decisão os seguintes, que se dão como assentes:
  - a) O contrato supra identificado foi precedido de concurso público, com anúncio publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 17 de Julho de 2007 e nas restantes publicações a que se refere o n.º 1 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março;
  - b) O prazo de execução da obra é de 360 dias;
  - c) A obra foi consignada no dia 28 de Abril de 2008;
  - d) Foi adoptada a modalidade de empreitada por preço global, com apresentação do projecto base pelos concorrentes, ao abrigo do disposto no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (modalidade comumente designada por “concepção/construção”);
  - e) Cinco concorrentes apresentaram proposta;
  - f) O Programa de Concurso, no que respeita ao modo de apresentação de documentos de habilitação dos concorrentes e dos documentos que instruem a proposta, estabeleceu que deviam ser encerrados em três



- invólucros: um com os “Documentos” (os documentos de habilitação), outro com a “Proposta” (a proposta de execução da empreitada) e o terceiro com a “Proposta Técnica” (com a constituição da equipa projectista, a lista de trabalhos de natureza e dimensão semelhantes aos que são objecto da presente empreitada executados ou em execução nos últimos três anos, o projecto base e o plano de controlo de qualidade);
- g) Por se ter considerado necessário rectificar alguns pontos do Programa de Concurso, foi-lhe anexado um “esclarecimento prévio”, revelando que, no acto público, a abertura dos invólucros se iniciaria pelo da “Proposta Técnica”, seguindo-se a do dos “Documentos”;
- h) Por outro esclarecimento, publicitado nos termos acima referidos na alínea a), e enviado por fax aos concorrentes, explicitou-se: *“Qualquer referência indiciadora do preço da proposta ou das respectivas condições de pagamento nos documentos que instruem a proposta técnica será considerada motivo de não admissão da proposta do concorrente, pelo que no ponto 4.2.2 do Título III – Elementos para Elaboração do Projecto Base, do Processo de Concurso, não deverá ser considerado o item (5) Orçamento preliminar da obra, ficando por esta forma rectificado todo o processo de concurso relativamente a este aspecto”* (cfr. fls. 76 dos autos);
- i) Foi estabelecido como critério para avaliação da capacidade técnica dos concorrentes a *“constituição da equipa projectista, curricula vitae dos seus componentes e lista de trabalhos de natureza e dimensão semelhantes aos que são objecto da presente empreitada executados ou em execução nos últimos 3 (três) anos”* (vide alínea d) do ponto 21.4 do Programa de Concurso);
- j) Um dos concorrentes foi excluído com os seguintes fundamentos: *“Não admitir a proposta técnica do concorrente Lena – Engenharia e Construções, S.A. (com o nº de ordem 2), nos termos da alínea b) do nº 3 do artigo 101º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, aplicável por força do artigo 273º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, uma vez que apresenta na proposta técnica dois fascículos compostos pelo*



*programa preliminar de trabalhos e pelo mapa de quantidades de trabalhos, preços unitários e mapas de resumo, que incluem declaração taxativa do preço global da proposta” (cfr. fls. 98 dos autos, relativa a acta da reunião da Comissão de Abertura do Concurso, realizada em 27.09.2007);*

- k) Um segundo concorrente foi excluído com os seguintes fundamentos:  
*“Não admitir a proposta técnica do concorrente Sociedade de Construções José Coutinho, S.A. (com o nº de ordem 4), por aplicação analógica da norma constante na alínea c), do nº 2 do artigo 92º, do DL 59/99, uma vez que o concorrente omite, na apresentação do projecto base, a parte referente às demolições, implantação geral e movimentos de terras” (cfr. igualmente fls. 98 dos autos);*
- l) Por despacho nº 107/MDN/2007, de 10 de Maio de 2007 (a fls. 37 dos autos), foi, pelo Ministro da Defesa Nacional, autorizada a despesa com a empreitada em apreço com o valor base de 3.250.000,00 €, aprovado o concurso público assim como os respectivos programa de concurso, caderno de encargos e projecto da obra e delegada, no Chefe do Estado Maior do Exército, a competência para, entre outras, adjudicar a obra em causa;
- m) A adjudicação e a correspondente autorização de realização da despesa, certa e concretizada, decorrente do contrato em apreço (2.690.184,00 €) não foram autorizadas pelo Ministro da Defesa Nacional, mas por despacho de 13.03.2008 do Chefe do Estado Maior do Exército.

## II – AVALIAÇÃO DOS FACTOS PERANTE O DIREITO APLICÁVEL

- 3. *No que diz respeito à modalidade de concurso adoptada, os serviços responsáveis pela empreitada foram instados a demonstrar a efectiva complexidade técnica ou especialização da obra que justificou o recurso àquele tipo de concurso (concepção/construção).*



Através do ofício nº 512, de 10 de Julho de 2008 (a fls. 194 dos autos), informam, no essencial, o seguinte: *“Em primeiro lugar, revela-se fundamental (...) clarear, perante esse Tribunal, o entendimento quanto à possibilidade de recurso a esta modalidade de contratação. Assim, e porque de outra forma não podemos entender, o recurso à modalidade de concepção/construção reveste carácter excepcional, razão pela qual esta Direcção lançou, pela primeira vez, mão daquela modalidade para a execução de uma empreitada.*

*Atento os condicionalismos prescritos no artigo 11º do DL 59/99, complexidade técnica ou especialização do projecto ou da obra, estivemos em crer, aquando da elaboração do programa base do concurso, que se encontrava ultrapassado o último daqueles condicionalismos, ou seja, a especialização inerente à própria empreitada. No entanto, reconhecemos agora, no seguimento da jurisprudência desse Tribunal entretanto apreendida, que a especialização defendida pelos técnicos, desta casa, para fundamentar o recurso à mencionada modalidade possa não ser tão linear quanto julgáramos” (sublinhado nosso).*

*“Conforme o previsto no programa base do procedimento e respectivo caderno de encargos, considerou-se, para a escolha da modalidade de empreitada de concepção/construção, a natureza militar do edifício a projectar e a construir que, destinando-se a funcionar como um bloco de alojamentos de alunos e Comando de Companhia escolar, revela especiais características determinadas pelas exigências dos seus utilizadores e pelo fim a que se destina. Assim, atendendo à sua natureza militar, a presente empreitada queria-se desenvolvida com respeito pela estrutura do existente quartel CANIFA – os quartéis CANIFA, resultantes dos trabalhos da extinta Comissão Administrativa para as Novas Infra-estruturas das Forças Armadas, projectados e construídos de raiz, a partir dos anos 50, apresentam-se, em termos físicos e funcionais, bem implantados, quer em relação à orientação dos edifícios, quer em relação aos seus afastamentos relativos, às definições de áreas funcionais, e às dimensões e características da rede viária. Apresentam, também, uma distribuição ortogonal e simétrica dos espaços construídos e uma linguagem formal e volumétrica assim como de tratamento de alçados e materiais de construção próprios da*



*época de construção. Tendo sido construídas para durar, as instalações existentes, na maior parte dos casos já não respondem adequadamente às novas solicitações, quer de pessoal, quer do material, quer da própria instrução e vivência militares – pelo que seria imperativo conceber um edifício adequado às finalidades actuais do ensino entendido que esta exigência acrescida era caracterizadora da especial natureza da obra, uma vez que, arquitecturalmente, a adequação do “novo” ao “antigo” não se faz sem um delicado exercício integrativo” (cfr. fls. 195 e 196 dos autos).*

De facto, como os serviços acima reconhecem, o recurso à mencionada modalidade não é “linear”.

Assim, quanto ao grau de complexidade técnica e dimensão, que a obra em causa possa eventualmente possuir e outras condicionantes que permitam justificar o recurso à modalidade de “Concepção/Construção”, a análise efectuada com base nos elementos enviados, atentos a tipologia e o modo de execução dos trabalhos desta empreitada, permite concluir que os trabalhos são de tipo corrente, sem exigências especiais para além das ligadas à boa arte de construir, logo, ao alcance de qualquer empresa credenciada para o efeito, não exigindo condicionalismos, equipamentos ou conhecimentos de especial complexidade. Trata-se pois de obra perfeitamente ao alcance de um empreiteiro munido do certificado de empreiteiro de Obras Públicas solicitado. Sem especial complexidade técnica, portanto. Trata-se, basicamente, da construção de edifícios: blocos de alojamento, sem condicionantes ou exigências especiais, integrando trabalhos de tipo corrente. Como é, aliás, implícita e explicitamente mencionado na resposta dos serviços à questão pertinente que lhes foi colocada.

**Em conclusão:** a presente obra pública não se enquadra na previsão normativa do artigo 11º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março. Ao optar por uma modalidade de procedimento mais exigente, o dono da obra restringiu o universo de potenciais concorrentes e procedendo assim alterou, real ou potencialmente, os resultados financeiros do procedimento.



4. **No que diz respeito ao critério para avaliação da capacidade técnica dos concorrentes** (“a constituição da equipa projectista, curricula vitae dos seus componentes e lista de trabalhos de natureza e dimensão semelhantes aos que são objecto da presente empreitada executados ou em execução nos últimos três anos”), impõe-se sublinhar que tal critério vai para além dos indicados no ponto 19.4 do programa de concurso tipo, aprovado pela Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro, devendo referir-se que, o respectivo ponto 19.5 dispõe que *“os critérios (...) apenas poderão ser alterados quando se trate de obras cuja elevada complexidade técnica, especialização e dimensão o justifiquem”*.

Ora, de acordo com a avaliação feita no ponto anterior, essa condição não se verifica: a obra não reveste nem elevada complexidade técnica, nem especialização ou dimensão significativas. Assim, estabelecendo estes critérios mais exigentes de avaliação, em desconformidade com as referidas disposições regulamentares, o dono da obra restringiu o universo de potenciais concorrentes.

**Em conclusão:** procedendo assim alterou, real ou potencialmente, os resultados financeiros a obter no procedimento.

5. **No que diz respeito à exclusão do concorrente acima referido na alínea j) do nº 2,** os serviços responsáveis vieram dizer: *“atendendo ao disposto no nº 4 do artigo 84º do DL 59/99, foi estabelecido, no programa de concurso, que a “proposta técnica” seria encerrada em invólucro opaco, fechado e lacrado, no rosto do qual se inscrevesse, entre outras informações, a expressão “PROPOSTA TÉCNICA”. Falhando, no programa de concurso, a regra a seguir no acto público, entendeu o dono da obra dever proceder a um esclarecimento prévio (...) com esse fim exclusivo. Assim, tendo sido iniciado o acto público pela abertura dos invólucros exteriores, e tendo-se seguido de imediato a abertura dos invólucros das propostas técnicas, e tendo nesta, o concorrente Lena, Engenharia e Construções, S.A., inscrito a indicação taxativa do valor global da sua proposta, em contradição clara do expressamente esclarecido em 04 de Setembro de 2007 (enviado e recebido por fax pelo, na altura, interessado (...)) e cujo aviso foi publicado em Diário da República, II série, nº 181, de 19 de Setembro de 2007) deliberou a comissão de abertura do*





*concurso aplicar subsidiariamente a regra constante da alínea b) do n.º 3 do artigo 101.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, ao abrigo do disposto no artigo 273.º do DL 59/99, não sem antes ter obtido a concordância da Exma. Sra. Procuradora-Geral-Adjunta presente no acto.*

*De referir ainda que a opção do dono da obra, de marcar a abertura do invólucro “PROPOSTA TÉCNICA” para antes de qualquer um dos restantes, ficou a dever-se ao encadeamento lógico do procedimento – em primeiro lugar procedeu-se à verificação formal da parte respeitante à concepção, apenas após a qual se procedeu à verificação formal da parte relativa à empreitada, nos precisos termos previstos no DL 59/99, nomeadamente, artigos 91.º e seguintes” (cfr. fls. 196 e 197 dos autos).*

Efectivamente, deram-se como provados e assentes os esclarecimentos acima referidos nas alíneas g) e h) do n.º2.

No entanto, a forma como decorreu o acto público do procedimento em apreço, não tem apoio legal no disposto nos artigos 90.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Naquelas disposições legais estabelece-se que, em primeiro lugar, serão abertos os invólucros exteriores que contêm os invólucros dos documentos e das propostas. De seguida, deverão ser abertos os invólucros dos documentos e só após a sua verificação e deliberação sobre a exclusão e/ou admissão dos concorrentes é que se segue a abertura dos invólucros que contêm as propostas (vide artigos 90.º, 91.º, n.º 1 e 93.º, n.º 1).

Aquele diploma legal não criou uma ordem diferente no caso de procedimentos de concepção/construção, até porque independentemente do tipo de procedimento, a primeira decisão a tomar é a de considerar habilitados ou não os concorrentes que se apresentam a concurso.



A forma como decorreu o acto público violou o disposto nas disposições legais acima citadas.

Refira-se, contudo, que a violação fundamental ocorreu nas soluções adoptadas no programa de concurso e respectivos “esclarecimentos”, ao estabelecer as regras acima referidas quanto à apresentação de propostas, e confundindo as duas matérias e fases claramente estabelecidas na lei e respectivos suportes documentais: avaliação de concorrentes e avaliação de propostas. Tal indistincção é particularmente patente no que respeita à “Proposta Técnica” (em que se juntam elementos relativos às habilitações dos concorrentes e elementos relativos às soluções técnicas da empreitada) e deu origem à exclusão de um concorrente. As soluções adoptadas – e que contrariam as da lei - ditaram essa exclusão, porque caso o invólucro – que deveria ter exclusivamente elementos relativos à proposta - tivesse sido aberto após a abertura do invólucro dos documentos, já não faria qualquer sentido impor aos concorrentes a não indicação de preços nesta fase.

**Concluindo:** as regras adoptadas no programa do concurso e esclarecimentos subsequentes contrariam o disposto na lei e tendo permitido a exclusão de um concorrente, alteraram-se, real ou potencialmente, os resultados financeiros do procedimento.

6. **No que diz respeito à exclusão do concorrente acima referido na alínea k) do nº 2**, foi dito: não foi admitida “a proposta técnica do concorrente Sociedade de Construções José Coutinho, S.A. (com o nº de ordem 4), por aplicação analógica da norma constante na alínea c), do nº 2 do artigo 92º, do DL 59/99, uma vez que o concorrente omite, na apresentação do projecto base, a parte referente às demolições, implantação geral e movimentos de terras” (cfr. fls. 98 dos autos).

De tal exclusão foi apresentada reclamação. Foi solicitada cópia da Proposta Técnica apresentada pelo concorrente excluído e analisado o seu conteúdo. Considera-se que, de facto, a sua reclamação possui razoabilidade. De facto, o



estudo específico das demolições e movimentação de terras, foi apresentado, embora não formalmente autonomizado, conforme a indicação nos itens 14.3 do Programa de Concurso e 6.1.3 do C.E.-Cláusulas Complementares, poderia sugerir. Foi-o, no entanto, explicitamente tratado no respectivo projecto de estabilidade. O que se afigura, tecnicamente correcto e aceitável, cumprindo, em termos de “substância”, o estipulado nos documentos do concurso.

Mas a questão fundamental radica no facto de o programa de concurso, e subsequentes esclarecimentos, terem estabelecido regras de apresentação dos documentos e de condução do acto público contrariando o disposto na lei.

Pelo que, se se tivesse seguido o disposto na lei naquelas matérias, o referido concorrente não teria sido excluído na fase em que o foi. Podê-lo-ia ter sido em fase posterior, se fosse o caso, ou sujeito a eventual penalização, se fosse também o caso, na classificação da sua proposta nos critérios “Qualidade técnica do Projecto Base” e “Qualidade técnica da Proposta de Execução da empreitada” (vide nº 24 do Programa de Concurso).

**Em conclusão:** a ilegal exclusão deste concorrente (o segundo, em cinco que se apresentaram), alterou, real ou potencialmente, os resultados financeiros do procedimento.

7. Finalmente, **aborde-se o facto da adjudicação e a correspondente autorização de realização da despesa, certa e concretizada, decorrente do contrato em apreço (2.690.184,00 €) não ter sido autorizada pelo Ministro da Defesa Nacional, mas por despacho de 13.03.2008 do Chefe do Estado Maior do Exército.**

Referiram os serviços que “a *competência para autorizar a despesa, pertencendo a S. Ex.ª o Ministro da Defesa Nacional, foi por ele exercida no primeiro parágrafo do despacho nº 107/MDN/2007. Ao Exmo. General Chefe do Estado-Maior do*



*Exército foi delegada competência para, entre outros actos de carácter técnico e/ou administrativo (vd terceiro parágrafo do despacho), praticar o previsto no artigo 110º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, (doravante designado apenas DL 59/99), nomeadamente, a adjudicação” (cfr. fls. 195 dos autos).*

Ora, não pode considerar-se autorizada a despesa efectiva resultante da presente empreitada, apenas com base numa autorização de despesa estimada.

Não pode ser esse o entendimento a retirar do disposto no artigo 16º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho (no caso, *ex vi* art.4º), que claramente dispõe no sentido de ser o custo total da empreitada e não uma mera previsão de custos que é objecto de decisão pela entidade competente: neste caso, face aos valores envolvidos (vide artigo 17º), o Ministro da Defesa Nacional.

**Em conclusão:** estamos pois perante a violação do disposto nas supracitadas disposições legais.

### III – APLICAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA

8. A questão que agora se coloca é a de saber se se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) a c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com a nova redacção dada pela Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto, e, no caso de se verificar o fundamento previsto na alínea c), se é caso de se “*conceder visto e fazer recomendações (...) no sentido de suprir no futuro tais ilegalidades*”.
9. As ilegalidades constatadas não são geradoras de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3, do art.º 44.º, da referida Lei), porquanto:
  - a) Os vícios identificados não estão previstos no n.º 2, do art.º 133.º do CPA;



- b) Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aqueles vícios, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1, do art.º 133.º do CPA);
- c) O acto de adjudicação da empreitada contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se “elementos essenciais” todos os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação (vide artigo 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA)<sup>1</sup>.

Não sendo tais ilegalidades geradoras de nulidade, só podem as mesmas ser geradoras de anulabilidade (vide art.º 135.º do CPA).

- 10. Afastado que está o fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei 98/97, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e, tendo sido dado por assente que a violação de lei ocorrida é geradora de anulabilidade, importa, agora, analisar se as situações em análise são enquadráveis no disposto na alínea b) do n.º 3 do mesmo normativo.

Ora, a adjudicação e correspondente autorização da despesa por entidade financeiramente não competente, com violação do disposto nos artigos 16º e 17º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho (no caso, ex vi art.4º), acima analisada no nº 7, afigura-se-nos como violação directa de norma financeira.

- 11. Finalmente e como acima se demonstrou, nos números 3 a 6, as demais ilegalidades detectadas alteraram, de facto ou potencialmente, os resultados financeiros do procedimento. Tais situações enquadram-se pois no disposto na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei acima referida, quando aí se diz “*Ilegalidade que... possa alterar o respectivo resultado financeiro*”: pretende-se

---

<sup>1</sup> Vide, entre outros, o Ac. relativo ao Processo nº 692/08 e o Ac. do Tribunal de Contas n.º 30/05-15NOV-1.ª S/PL, bem como a doutrina e jurisprudência aí referidas.



pois significar que **basta o simples perigo ou risco** de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

12. Ainda que a violação directa de norma financeira, acima defendida, não fosse qualificada como tal, estamos perante um procedimento e, a final, de um contrato, em que o número e intensidade de violações da lei, que põem ou podem pôr em causa os resultados financeiros do contrato – destaque-se a modalidade de empreitada que foi adoptada e a exclusão de dois concorrentes em cinco - não permitem fazer uso do disposto no nº4 do artigo 44º do referido diploma legal.

## IV – DECISÃO

Termos em que se decide recusar o visto ao contrato.

São devidos emolumentos (n.º 1, alínea b) do art.º 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 28 de Julho de 2008

Os Juízes Conselheiros

João Figueiredo

Helena Abreu Lopes

Helena Ferreira Lopes

O Procurador-Geral Adjunto