



RO n° 14/02
Proc° n° 4464/01

ACORDÃO N° 27-02JUN18-1ªS/PL

Acordam os juízes do Tribunal de Contas, em plenário da 1ª Secção:

1. A Câmara Municipal de Aveiro (CMA) representado pelo seu Presidente, recorre do duto acórdão n° 15/02FEV26/1ª S/SS, que, em sede de fiscalização prévia, recusou o Visto ao contrato de empreitada para a “Construção da Unidade de Saúde de Santa Joana”.

A recusa foi dada ao abrigo dos artºs 107º, 1, b) do, como quando outro se não refira, DL 59/99, 2MAR e 44º, 3, b) da Lei 98/97, 26AGO, porque, tendo sido estabelecido no concurso, como valor base de realização da obra, o preço de 82 300 000\$00, a empreitada foi adjudicada por 140 220 711\$00, acrescido de IVA, preço que, sendo 70,37% superior ao preço base não poderia, ao abrigo da primeira das normas referidas, ser aceite pelo dono da obra.

2. A fundar o pedido de reapreciação da recusa, a CMA retoma argumentos expendidos junto da instância que recusou o Visto, enriquecendo-os agora com novos elementos interpretativos, tudo no sentido de mostrar que a recusa deve ser substituída por decisão que outorgue o Visto ao contrato em apreço.

A fundamentação que preside ao pedido da CMA, não estando vertida em conclusões, pode assim sintetizar-se:

- 2.1. É ao dono da obra e não ao Tribunal que cabe densificar o conceito “...consideravelmente superior ao preço base do concurso” para o efeito de decidir pela adjudicação ou pela não adjudicação.*
- 2.2. Essa densificação é feita, caso a caso, havendo que ponderar, entre outros aspectos, a razoabilidade do preço base do concurso, as conjunturas do mercado que influenciaram as propostas dos concorrentes, a verba orçamental disponível, a eficácia do objectivo, a melhor prossecução do interesse público.*
- 2.3. A obra foi adjudicada ao concorrente que apresentou mais baixo preço, tendo havido 2 propostas mais elevadas, o que “logicamente” induziu o*



- dono da obra a inferir que em eventual novo concurso “não apareceriam propostas inferiores à proposta alvo da presente adjudicação”.*
- 2.4. *O lançamento de novo concurso importaria encargos financeiros e atraso considerável, sendo que a obra a executar se destina a “colmatar necessidades prementes e inadiáveis”.*
- 2.5. *A Comissão de análise das propostas reconheceu que o preço base estava “desajustado, para baixo, da realidade”.*
- 2.6. *A al. b) do nº 1 do artº 107º visa evitar que a entidade pública gaste mais do que aquilo em que efectivamente importa a obra a executar e pressupõe que o preço base do concurso seja ajustado à realidade, pressuposto que no caso se não verificava.*
- 2.7. *Se o dono da obra se decidisse pela não adjudicação “seria certo (...) que lançaria novo concurso com preço base reajustado à realidade conjuntural do mercado”, com prejuízo para o interesse público porque os custos administrativos e o atraso não teriam qualquer contrapartida na adjudicação subsequente.*
- 2.8. *O preço base indicado não foi inibidor da apresentação a concurso de outros concorrentes eventualmente interessados.*
- 2.9. *Para efeitos do previsto na al. b) do nº 1 do artº 107º não pode atender-se à referência de 25% constante do artº 45º porque este tem em vista o “controlo de custos duma empreitada já adjudicada”, com despesa definida e certa, bem como o “risco de defraudar o procedimento prévio à contratação”, risco inexistente no caso em apreço porque foi utilizado o concurso público.*

3. Admitido o recurso, seguiram os autos para o Ministério Público (MP).

No seu desenvolvido e fundamentado parecer, o Ex.mo Procurador Geral Adjunto, atendo-se ao argumento da recorrente na parte em que esta rejeita que se lance mão do artº 45º para concretizar a indeterminação do conceito presente no artº 107º,1,b) – “preço consideravelmente superior” -, sem deixar de conceder que esses preceitos têm “âmbitos distintos”, o primeiro mais directamente ligado ao controlo de custos, o segundo mais virado para a regulação do procedimento adjudicatório, convoca-nos a compreendê-los “na sua **comum dimensão e desígnio normativos**”, porque ambos “procuram, numa perspectiva de maior rigor, acautelar o interesse público e, designadamente, **o interesse do controlo financeiro da despesa**” (sublinhados nossos).

A percentagem que o artº 45º estabelece justifica-se não só por razões de razoabilidade e de realismo que têm a ver com o contexto em que a Administração e os particulares hoje funcionam no lançamento e realização de obras públicas, como “porque a causa da necessidade de trabalhos a mais e do desajustamento entre preços base e as propostas dos concorrentes assenta, as mais das vezes, confessadamente, na desactualização ou na falta de qualidade técnica dos projectos”.

O parecer reconhece, outrossim, que a existência de um limite impeditivo da adjudicação, nos termos do artº 107º, 1, b), ou da realização dos trabalhos a mais, nos termos do artº 45º, do mesmo passo que salvaguarda o controlo da despesa pública



Tribunal de Contas

assegura princípios basilares que devem nortear a Administração com vista a proteger interesses dos particulares, “como o da igualdade, da imparcialidade, da concorrência, da publicidade e da boa fé”, considerando, na linha do acórdão recorrido, que se o preço base tivesse sido melhor aferido, outro poderia ter sido o universo dos concorrentes e mais favorável poderia ter sido para a CMA o resultado financeiro do concurso.

Na linha de evolução que o acórdão recorrido assinala (ver ponto 5), o MP sublinha que ao deixar de referenciar o interesse público, como causa atendível para a adjudicação quando o preço proposto pelos concorrentes fosse consideravelmente superior ao preço base, o legislador deixa claro que o interesse público que importa realizar é o que a própria legalidade instituída visa preservar, ou seja, o interesse financeiro da Administração e o interesse colectivo atinente aos princípios e garantias que defendem os que com a Administração desejem contratar.

Por fim, na base de uma abordagem do que são, à luz da Constituição e da lei, as competências e os poderes da Administração e dos Tribunais, o MP conclui que, estando em causa o conteúdo de conceito indeterminado, a interpretação e aplicação que dele fez a recorrente não pode deixar de ser jurisdicionalmente controlável por este Tribunal.

Controlo que o MP entende dever conduzir à confirmação da recusa, de acordo com o que, em casos similares, o Tribunal vem decidindo de forma reiterada e pacífica.

Corridos os Vistos legais, cumpre apreciar e decidir de mérito.

4. Não estando em causa os factos fixados na decisão recorrida, a eles nos atemos, aditando-lhes o facto 4.5:

4.1 Por anúncio publicado no DR III S, de 12/02/01, a CMA lançou concurso público para a realização da empreitada de “Construção da Unidade de Saúde de Santa Joana”.

4.2 Na al. c) do nº 3 do referido anúncio fixa-se como preço base do concurso o montante de 82 300 000\$00, excluído o IVA.

4.3 Ao concurso apresentaram-se 3 concorrentes, com propostas que variavam entre 140 220 711\$00 e 199 071 708\$00, tendo sido todos eles admitidos.

4.4 A empreitada veio a ser ao Consórcio designado por “Vigapro, Construção e Manutenção Industrial Ltda/Cabral e Filhos SA, pelo preço de 140 220 711\$00, acrescido de IVA, ou seja, 70, 37% superior ao preço base.

4.5 Pelo acórdão referido em 1 foi recusado o Visto ao contrato de empreitada em causa.

5. Antes de examinar os fundamentos do recurso, importa reter a norma que a decisão recorrida deu como inobservada e a razão pela qual tal violação foi reconhecida.



Tribunal de Contas

Diz: o artº 107º, 1, b) do DL 59/99

“1 – O dono da obra não pode adjudicar a empreitada: (...)

b) Quando todas as propostas ou a mais conveniente ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso (...).”

O acórdão recorrido, na base de uma análise comparativa dessa norma e de normas congéneres de diplomas anteriores que davam alguma margem ao dono da obra para, apesar da significativa discrepância entre o preço base e o preço proposto pelo adjudicatário, proceder à adjudicação, concluiu que a referida al. b) do nº 1 do artº 107º consagra, verificado o pressuposto nela descrito, uma “*proibição absoluta de adjudicação*” inultrapassável, nomeadamente, pelo reconhecimento da “*desadequação*” do preço base do concurso ou do “*interesse e relevância da obra em causa*”.

O teor do acórdão mostra que foi feita uma comparação entre o preço base do concurso e o preço da adjudicação, que foi estabelecida a discrepância desses valores, que essa discrepância foi havida como muito superior a outros desvios especificamente quantificados na lei, nomeadamente no artº 45º do DL 59/99, e que, em razão disso, do disposto na citada al. b) do nº 1 do artº 107º e de múltiplos acórdãos deste Tribunal que tratam a inobservância dessa norma como violação directa de norma financeira, se entendeu e decidiu que a obra não poderia ter sido adjudicada.

Vejam, então, se as conclusões da recorrente permitem infirmar o acórdão ou, noutra perspectiva, se a CMA ao adjudicar a obra cumpriu a citada al. b) do nº 1 do artº 107º e, incumprindo, as consequências que daí advêm.

A argumentação da recorrente (supra, 2) postula o exame de 3 questões, a saber:

1ª: Se, em sede de fiscalização prévia do contrato, este Tribunal está autorizado a examinar a conformidade legal da adjudicação que a entidade administrativa decidiu efectuar (supra, 2.1);

2ª: Se as circunstâncias que a recorrente diz preexistirem e os critérios que diz terem presidido à decisão de adjudicar são de molde a desqualificar o preço da adjudicação como “consideravelmente superior” ao preço base do concurso, para os fins previstos na al. b) do nº 1 do artº 107º (supra, 2.2-2.8);

3ª: Se, para o efeito de densificar o referido conceito indeterminado presente na norma que vem de referir-se, é de tomar em consideração a referência de 25% constante do artº 45º (supra, 2.9).

Vejam-las pela ordem que fica indicada.



Tribunal de Contas

1ª Questão

A recorrente diz que cabe ao dono da obra e não a este tribunal densificar o conceito de valor “consideravelmente superior” para o fim de decidir ou não pela adjudicação, ao abrigo do artº 107º, 1, b).

É asserção que, salvo todo o respeito, releva de deficiente compreensão do que são as competências e poderes da entidade administrativa, na qualidade de dono da obra, e deste tribunal, como instância externa com poderes de jurisdição e de controlo deferidos pela Constituição e pela lei (entre outros, artº 214º, 1, d) da Constituição e artºs 1º, 2º, 1, c), 5º, 1, c), 44º, 1, 3, 4, , 46º, 1, b) da lei 98/97): o dono da obra autoriza a assumpção da despesa, lança o concurso, conduz o procedimento e pratica os actos que hão-de, em princípio, desaguar na adjudicação, na celebração do contrato e na realização da obra; o tribunal, em sede de fiscalização prévia, verifica da conformidade legal do contrato e da despesa que ele titula.

Relativamente à adjudicação, representando ela, por parte do dono da obra, a vontade de contratar, a escolha do particular com quem se dispõe a contratar e o montante que se dispõe a pagar pela obra, naturalmente que cabe à entidade administrativa decidir se adjudica ou não adjudica, nesse sentido sendo chamada a conhecer dos aspectos de ordem legal de que depende a decisão de adjudicar, nomeadamente, a determinação do conceito “valor consideravelmente superior” presente na al. b) do nº 1 do artº 107º. Determinação que é feita, não de forma arbitrária ou discricionária, mas vinculada a critérios e limites que, havendo de reconduzir-se à lei, não escapam ao controlo de legalidade que este tribunal exerce em sede de fiscalização prévia do contrato. Fiscalização e controlo que, no domínio dos procedimentos que precedem o contrato e dos actos que, como a adjudicação, nele se reflectem, têm a dimensão prevista nas al. a), b) e c) do nº 3 do artº 44º da Lei 98/97.

Como se vê da decisão recorrida, foi nesse âmbito que o tribunal conheceu da conformidade legal da adjudicação e da despesa, qualificando a desconformidade aí reconhecida como violação directa de norma financeira, nos termos da 2ª p da al. b) do nº 3 do citado artº 44º, na linha da vária jurisprudência que a douta decisão afirma perfilhar, qualificação que, a recorrente, aliás, não impugna. O que ela não reconhece é a ilegalidade da decisão de adjudicar. Mas esses são aspectos a versar nos pontos subsequentes.

Improcede, pois, a 1ª questão.

2ª Questão

Diz a recorrente que decidiu adjudicar porque ponderando as circunstâncias atinentes ao caso e os critérios que lhe pareceram atendíveis, entendeu não ser o preço da



Tribunal de Contas

adjudicação “consideravelmente superior” ao preço base do concurso, para o fim de rejeitar a adjudicação, ao abrigo da al. b) do nº 1 do artº 107º. Quais foram as circunstâncias e os critérios?

Por um lado, o reconhecimento de que **o preço base do concurso estava “desajustado, para baixo, da realidade”** (supra, 2.5), sendo que a aplicação da citada al. b) pressupõe que o preço base do concurso seja ajustado à realidade (supra 2.6).

É argumento que assenta na confusão do que é distinto: uma coisa é o propósito do legislador, ínsito na norma em causa, de exigir que haja rigor no lançamento das obras e dos projectos e que o preço base seja ajustado, ou seja, sustentado na realidade, nomeadamente, do mercado, outra, bem diversa, são os pressupostos de que depende a aplicação da norma. A al. b) do nº 1 do artº 107º repudia o desajustamento excessivo do preço base relativamente ao preço da adjudicação pois que ele cria o risco de limitar a concorrência e de inviabilizar o controlo dos custos na fase de adjudicação e no curso de execução da obra.

A norma quer que o preço base se ajuste à realidade mas ela funciona quer se ajuste ou não se ajuste porque pressuposto da sua aplicação é tão só que o preço da proposta a merecer adjudicação seja “consideravelmente superior” ao preço base do concurso.

Porque esse é o pressuposto de aplicação da norma, também não relevam para o dar como não verificado os demais fundamentos que a CMA invoca:

- Nem a **razoabilidade do preço base** do concurso (supra 2.2), pois não se trata de compreender as razões que levaram o dono da obra a estabelecê-lo;
- Nem a **conjuntura de mercado** (supra 2.2), pois não se trata de explicar em que medida influenciou os valores constantes das propostas dos concorrentes;
- Nem a **eficácia do objectivo** (supra 2.2), porque a eficácia não pode sobrepôr-se à observância da legalidade;
- Nem o **interesse público** (supra 2.2), pois o que o legislador manifestamente quis prevenir foi, por um lado, como a recorrente pondera, que “a entidade pública gaste mais do que aquilo em que efectivamente importa a obra a executar (supra, 2.6) e, por outro, a participação no concurso do maior número de concorrentes, desideratos que, convergindo no sentido da economicidade e da concorrência, são postos em risco por via de um desajustamento excessivo entre o preço base do concurso e o preço da adjudicação; porque estes são os interesses que, sendo ínsitos à norma legal, não-de prevalecer, a al. b) do nº 1 do artº 107º, como se salienta no acórdão recorrido, suprimiu a ressalva “salvo se o interesse público prosseguido o determinar” que constava da norma congénere anterior, o artº 99º, 1 do DL 405/93, 10DEZ;
- Nem a **existência de verba orçamentada** (supra, 2.2) para suportar o encargo, pois que esta é uma exigência perfeitamente autónoma da prevista na al. b) do nº 1 do artº 107º e que, mais que a adjudicação, condiciona o próprio lançamento da empreitada;



Tribunal de Contas

- Nem o **ter-se adjudicado ao concorrente que apresentou mais baixo preço** (supra 2.3), decisão que releva do critério seguido na escolha da proposta mais vantajosa e que agora não está em discussão;
- Nem os **encargos financeiros e o atraso inerentes ao lançamento de novo concurso** (supra, 2.4), pois que o legislador, conhecendo esses inconvenientes como inevitáveis em razão da anulação de um concurso, impondo-a, na situação a que se reporta a al. b) do nº 1 do artº 107º e noutras, manifestamente preferiu as vantagens que da anulação poderiam advir. Por outro lado, não é no quadro dessa norma que cabe a consideração das razões de premência que a recorrente também invoca (supra, 2.4). A situações de urgência, quando devidamente provadas, provêm outros dispositivos, como as al. a) e d) do nº 1 do artº 136º;
- Nem as prognoses de que, **aberto novo concurso, “não apareceriam propostas inferiores”** (supra 2.3) e **“os custos administrativos e o atraso não teriam qualquer contrapartida”** (supra, 2.7). A recorrente formula tais ilacções na base de que, além da proposta alvo de adjudicação, houve duas mais elevadas (supra, 2.3) e de que o preço base indicado não foi inibidor da apresentação a concurso de outros interessados (supra, 2.8). São ilacções gratuitas. Como no acórdão recorrido e no parecer do MP com razão se pondera, se algo com alguma plausibilidade se pode prognosticar é que o preço base desajustado em baixa pode ter induzido potenciais interessados a alhearem-se do concurso por não estarem dispostos a realizar a obra a não ser por preço que sendo consideravelmente superior ao preço base não poderia ser aceite, dado o disposto na al. b) do nº 1 do artº 107º, não sendo todavia de excluir que estivessem disponíveis para realizar a obra por preço inferior ao que na adjudicação veio a ser aceite. Por isso, contra o que a recorrente supõe ter evitado (supra, 2.6), nada permite afirmar que, adjudicando, a autarquia não tenha gasto “mais do que aquilo em que efectivamente importa a obra a executar”. De todo o modo, **para o fim de preencher o conceito indeterminado constante dessa norma não releva a prognose sobre o preço da adjudicação em eventual futuro concurso nem a prognose sobre o número de interessados no novo concurso.**

Improcedendo a 2ª questão, resta examinar a última.

3ª Questão

Por fim, sustenta a recorrente que **não tendo o legislador preenchido o conceito indeterminado constante da al. b) do nº 1 do artº 107º, em termos de *quantum*, não poderia o Tribunal servir-se da referência do artº 45º** que apenas visa o “controlo de custos de uma empreitada já adjudicada”.

Com esta conclusão, a recorrente aproxima-se da questão nuclear que o processo coloca, qual seja a de saber se pode ter-se como fundamentada a opção de adjudicar apesar de o preço da adjudicação exceder o preço base em mais de 70%.



Tribunal de Contas

O Tribunal tem vindo a reiterar que **a norma é imperativa no sentido da não adjudicação**, verificada a premissa de que a sua aplicação depende. Nesta linha, o acórdão 51/01-JUL10-1ªS/PL, comparando os regimes anteriores com o actual, justamente assinala uma “evolução restritiva” que, partindo da “admissibilidade de não adjudicação” (al. c) do artº 95º do DL 235/86, 18AGO) e passando para a “proibição de adjudicação mas com excepções” (al. b) do nº 1 do artº 99º do DL 405/93, 10DEZ), chega à “actual proibição absoluta de adjudicação” (al. b) do nº 1 do artº 107º do DL 59/99).

O excesso do preço proposto relativamente ao preço base – mais de 70% - levou o acórdão recorrido à consideração de que, “mesmo perante o senso comum”, aquele é de reter como “consideravelmente superior” a este.

Senso comum que neste caso se compagina e se reforça com considerações de ordem jurídica. A circunstância de a lei não definir um “quantum” não inibe o Tribunal, como é sua orientação pacífica (ver acórdãos referidos), de se socorrer, em termos de referência ou de baliza daquele conceito indeterminado, de normas, como a do artº 45º do DL 59/99, que obriga o dono da obra a não autorizar “trabalhos a mais”, “alterações do projecto da iniciativa do dono da obra”, “trabalhos resultantes de alterações ao projecto, variantes ou alterações ao plano de trabalhos da iniciativa do empreiteiro” quando excedam 25% do valor da empreitada de que são resultantes.

A proibição constante do artº 45º e a proibição de adjudicação vertida na al. b) do nº 1 do artº 107º, embora uma opere na fase em que a empreitada já está em curso e a outra tenha por escopo travar a própria empreitada, têm manifestamente em comum o propósito de salvaguardar a concorrência, a transparência, o planeamento cuidado, o rigor dos projectos e da estimativa de custos bem como a adequação destes à obra a realizar, a fiabilidade da fiscalização e acompanhamento da obra, em suma, a protecção dos potenciais concorrentes e o controlo dos dinheiros públicos.

São aspectos que o parecer do Ex.mo Procurador Geral Adjunto apropriadamente também assinala.

Por isso, compreende-se que, havendo que determinar o desvio a que alude a referida al. b), como valor de referência se atenda ao desvio que o artº 45º concretiza.

Por isso, ainda, se compreende que a violação daquela norma seja havida por este Tribunal como violação de norma financeira para os fins previstos no segundo segmento da al. b) do nº 3 do artº 44º da Lei 98/97, 26AGO, questão que a recorrente, aliás, não coloca.

Assim, também a última questão improcede.



Tribunal de Contas

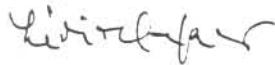
NESTES TERMOS, negando provimento ao recurso, confirmam o acórdão recorrido e, conseqüentemente, mantêm a recusa do Visto.

Registe e notifique.

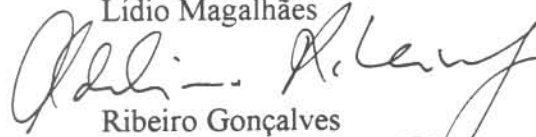
Emolumentos legais.

Lisboa, 18 de Junho de 2002


Amável Raposo (Relator)



Lídio Magalhães



Ribeiro Gonçalves

 (nos
Adelina Sá Carvalho

termos da declaração
anexa.)

Fui presente
O Procurador Geral Adjunto





DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a conclusão do acórdão mas não acompanho, na matéria objecto do recurso, duas vertentes da Jurisprudência deste Tribunal no que concerne ao artigo 107º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

Tem o Tribunal invocado a alínea b) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, para recusar o visto quando o preço total da proposta considerada conveniente, ou o de todas as propostas, seja consideravelmente superior ao preço base do concurso, considerando que tal circunstância se dá por verificada quando aquele valor final exceda em 25% o valor base constante do concurso, fazendo para o efeito recurso ao artigo 45º do Decreto-Lei nº 59/99.

Ora, não só defendo que, sem pôr em causa a natureza imperativa que decorre da actual formulação do nº 1 do artigo 107º, a adjudicação nos casos nele previstos constitui ilegalidade que altera ou pode alterar o resultado financeiro da empreitada, integrando a previsão da alínea c) do nº3 da Lei nº 98/97, como entendo que o artigo 45º — que, com o artigo 46º, integra um capítulo autónomo, o V, do Decreto-Lei nº 59/99, sobre “controlo de custos das obras públicas” — pela sua natureza e especificidade, não é susceptível de aplicação extensiva à situação prevista na alínea b) do nº 1 do artigo 107º.

Vejamos porquê:

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, de 14 de Junho, as inovações que consagra resultam de “imperativos do direito comunitário” e de “exigências de sistematização do direito interno”, visando-se ainda a transposição da Directiva 97/52/CE, de 13 de Outubro.



Tribunal de Contas

[Handwritten mark]

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 e até estratégia legal 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 “subjectividade de avaliação” que já criticava Jorge Andrade da Silva¹, nas suas anotações ao artigo 95º do Decreto-Lei nº 235/86; escreveu então aquele autor que, trazendo de novo o artigo 95º, por relação ao regime de 1969, a exigência de que o preço proposto fosse “**consideravelmente superior no preço base**” – alínea b) – (o Decreto-Lei nº 48 871 referia “preço global **superior à base da licitação**”), a lei atribuía latos poderes discricionários ao dono da obra, referindo ainda que face à subjectividade total da

¹ Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas – Anotado e Comentado



Tribunal de Contas

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 artº 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, em que 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”, mas estando obrigado à fundamentação da decisão para efeitos de informação aos concorrentes que o solicitassem (nº 2).

Já não foi, contudo, o legislador sensível à questão do conceito “consideravelmente”, já que o não quantificou, deixando-o 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 fez 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, bem 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 tal e qual no artigo 107º do Decreto-Lei nº 59/99.



Tribunal de Contas

J.

Mas o recurso à adverbilação dos conceitos não se ficou por aí: quedando-nos no Decreto-Lei nº 59/99, os seus artigos 134º e 136º vêm invocar como fundamento para o concurso por negociação e para o ajuste directo determinadas circunstâncias que, nos casos das alíneas a) (nos dois artigos) e c) do seu nº 1 (no artigo 136º), dependem respectivamente de “condições substancialmente idênticas” e do “estritamente necessário”.

A lei deixa, na verdade, larga margem de manobra ao dono da obra, que deverá em todos os casos exercitar, com sólida e expressa fundamentação embora, 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 refiram expressamente a obrigação de informar, com urgência e por escrito, os 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 EMOPPI; 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 muito bem vem salientando a jurisprudência deste Tribunal), não está contudo apoiada em parâmetros quantificados. Por seu lado, não posso ignorar – e aí dou razão ao recorrente – que o artigo 45º visa situações decorrentes de obras já adjudicadas e em curso (a evolução legislativa na matéria é também muito expressiva quanto ao objectivo prosseguido) e constitui uma efectiva e quantificada restrição às possibilidades legalmente previstas de execução de trabalhos a mais (artigo 26º e 42º), alterações do projecto, variantes ou alterações ao plano de trabalhos. Inexiste nestes casos (e veja-se, a propósito, o reforço das restrições previsto no nº 2 do artigo 45º) qualquer margem de ponderação ou avaliação, estando em causa delimitar o valor total final da empreitada.



Tribunal de Contas

W.

Perfilho, contudo, no caso em apreço, a manutenção da recusa do visto, porque, cabendo também ao Tribunal a densificação da norma em questão – como fundamentadamente o defende o Acórdão – não seria possível concluir não existir, no caso em apreço, obrigação de não adjudicar. Como refere o acórdão recorrido, um acréscimo de mais de 70% 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 foram **alterações ao projecto da obra, anteriores à abertura do concurso** e impostas pela ARS competente, as quais, à evidência, não poderiam 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 à alteração dos resultados financeiros de forma clara e significativa, pelo que a recusa de visto decorreria do disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, não colhendo, a meu ver, a linha argumentativa do recorrente para efeitos do nº 4 do mesmo artigo 44º, porquanto ao dono da obra foram facultados atempadamente indicadores da **não sustentabilidade do preço-base** adoptado, com relevância para a abordagem muito clara que, sobre a matéria, foi feita pela comissão de análise, sem que, na posse de tais dados, a impressionante clivagem de custos fosse suficiente para o accionamento da obrigação legal de não adjudicar.

Finalmente, noutro aspecto ainda me causa reservas a interpretação corrente do artigo 107º:

Na alínea b) do seu nº 1 fala-se em “preço-base” do concurso. Ora, nos termos do nº 3 do artigo 48º do Decreto-Lei nº 59/99, respeitante à escolha do tipo de procedimento prévio a adoptar, o **preço-base** é o **valor estimado** nas empreitadas de preço global (artigo 9º), sendo que, nos restantes tipos de empreitada, não há preço base mas **custo provável** dos trabalhos, estimado sobre as medições do projecto.

Ora, se no artigo 107º se refere tão só “preço-base”, tal significará que estão, na matéria, em causa empreitadas por preço global; em apoio desta interpretação vem não



Tribunal de Contas

só a natureza das empreitadas por série de preços, nas quais (artigo 18º) a remuneração do empreiteiro resulta da aplicação dos preços unitários (objecto da respectiva proposta) previstos no contrato, para cada espécie de trabalho a realizar, às quantidades desses trabalhos realmente executadas, como também do facto de o artigo 83º, sobre o prazo de apresentação das propostas, a fixar no anúncio do concurso, ser determinado nos termos do nº 2 se houver preço-base (ou seja, se a empreitada for de preço global), ou nos termos do nº 4, quando não houver preço-base (o que é o caso das empreitadas por série de preços), situação em que se atenderá ao valor provável dos trabalhos a adjudicar.

Inexiste no artigo 107º qualquer menção ao valor provável da empreitada, para os casos de empreitadas por séries de preço ou por percentagem, ou ao valor estimado, conceito abrangente por que se optou nos artigos 122º, 129º e 136º; tendo a lei distinguido de forma clara no artigo 83º, tenho sérias reservas à aplicação do nº 1, alínea b), do artigo 107º às empreitadas por série de preços ou por percentagem.

Sendo a empreitada, objecto deste processo, por série de preços, seria matéria a aprofundar se, no pedido, o ilustre recorrente tivesse suscitado o problema. Não o tendo feito, não há que, nesta sede, dele tomar conhecimento.

Adelina Sá Carvalho