

ACÓRDÃO N.º 10/2011 - 10.Mar.2011 - 1ªS/SS

(Processo n.º 1742/2010)

DESCRITORES: Concurso Público Urgente / Urgência / Prazo / Apresentação das Propostas / Princípio da Igualdade / Princípio da Concorrência / Dispensa de Contrato Escrito / Restrição de Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. O art.º 52.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, estabelece que pode adoptar-se o procedimento do concurso público urgente, previsto nos arts. 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), na celebração de contratos de empreitada, desde que:
 - a. se trate de um projecto co-financiado por fundos comunitários;
 - b. o valor do contrato seja inferior ao referido na al. b) do art.º 19.º do Código dos Contratos Públicos;
 - c. o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.
2. Face ao disposto no art.º 155.º do CCP, o recurso a esta possibilidade pressupõe, ainda, que se esteja perante um caso de urgência, no caso o risco de se perderem os financiamentos comunitários.
3. A fixação de um prazo de 48 horas, para apresentação de propostas, dentro do tipo de procedimento adoptado, viola os princípios da igualdade e da concorrência, fixados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP.
4. A dispensa de redução a escrito de contratos, na sequência de concurso público urgente, sem fundamentação, viola o disposto no art.º 95.º, n.º 2, do CCP, o princípio da fundamentação e o princípio da transparência.

5. As violações de lei mencionadas ofendem ainda os princípios da concorrência, da igualdade, da fundamentação e da transparência, sendo susceptíveis de restringir o universo dos potenciais concorrentes e, conseqüentemente, susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Mantido pelo acórdão nº 9/2011, de
29/04/11, proferido no recurso nº 09/11

ACÓRDÃO Nº 10 /2011 – 10. MAR-1ª S/SS

Processo nº 1742/2010

I – OS FACTOS

1. A Câmara Municipal de Fafe (doravante designada por CMF ou por CM) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, a documentação do procedimento relativo à empreitada de “Substituição de Redes de Abastecimento de Água – Concelho de Fafe”, adjudicada à empresa “SINOP – António Moreira dos Santos, S.A.”, em 26.10.2010, pelo valor de 415.360,81 €, ao qual acresce o correspondente valor em IVA, à taxa legal aplicável.
2. Para além dos factos referidos no número anterior, são dados ainda como assentes e relevantes para a decisão os seguintes que constam do processo:
 - a) Em 21 de Junho de 2010¹, a Associação Nacional de Municípios Portugueses, por ofício, alertou a CMF para o regime constante do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, referindo designadamente que o procedimento de concurso público urgente permitia *“uma substancial redução dos prazos envolvidos, desde logo ao nível dos prazos mínimos para apresentação de propostas”*;
 - b) Em 23 de Junho de 2010, a CMF recebeu informação de estrutura de gestão de fundos comunitários², relativa a operações que podiam beneficiar de taxas de comparticipação de 80% (e não de 70%), em que se dizia *“sobre as condições de admissão e aceitação [de tais] operações a candidatar até 29 de Outubro de 2010”* que, para além das condições regulamentares, *“apenas serão aceites as candidaturas que se encontrem em avançada fase de estabelecimento de vínculo contratual com os respectivos fornecedores”*. E acrescentava-se que se entendia *“como avançada fase de vínculo contratual, no caso de empreitadas, a comunicação da intenção de adjudicar”*;

¹ Vide fl. 87 do processo.

² Vide email a fls. 18 e 95 do processo.



- c) Em 8 de Setembro de 2010³, foi apresentada e despachada de forma concordante uma informação dos serviços da CMF, em que se dá conta da conclusão do projecto de execução da presente empreitada e da necessidade de se elaborar o programa do concurso;
- d) Em 24 de Setembro de 2010⁴, foi apresentada e despachada de forma concordante uma informação dos serviços da CMF, em que se dá conta da possibilidade de realização de concurso público urgente para a presente adjudicação, de forma a se poder formalizar candidatura a fundos comunitários até 29 de Outubro de 2010;
- e) Em 6 de Outubro de 2010⁵, foi apresentada e despachada de forma concordante uma informação dos serviços da CMF, em que se apresentaram os documentos do procedimento e foi autorizada proposta de realização de concurso público urgente;
- f) A adjudicação foi precedida de concurso público urgente, ao abrigo do disposto no artigo 52.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, e dos artigos 155.º e seguintes, do CCP⁶;
- g) O anúncio de concurso público urgente foi enviado e publicado no D.R. n.º 198, II Série, em 12 de Outubro de 2010;
- h) O prazo de execução da obra é de 5 meses;
- i) O critério de adjudicação foi o do mais baixo preço;
- j) O financiamento comunitário foi aprovado⁷;
- k) Foi fixado um prazo de apresentação das propostas de 2 dias, a contar do envio do anúncio para publicação, tendo terminado em 14 de Outubro;
- l) Quatro concorrentes apresentaram propostas;
- m) Em 26 de Outubro de 2010 foi feita a adjudicação;
- n) Não foi celebrado contrato escrito;
- o) A obra foi consignada em 2 de Dezembro de 2010;
- p) Tendo-se questionado a CMF para que justificasse qual o fundamento da urgência para a adopção da modalidade de concurso público urgente, com dispensa de redução do contrato escrito, veio⁸ aquela entidade adjudicante informar o seguinte:

³ Vide fls. 11 e ss. do processo.

⁴ Vide fls. 14 e ss. e 83 e ss. do processo.

⁵ Vide fl. 21 do processo.

⁶ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de Setembro, 278/2009, de 2 de Outubro, e pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

⁷ Vide fl. 114 do processo.

⁸ Vide fls. 72 e ss. do processo.



“Por se tratar de uma obra co-financiada, inserida no contrato de Delegação de Competências com Subvenção Global, celebrado com a Autoridade de Gestão do Programa Operacional Regional do Norte 2007-2013 (CCDR-N) e a Associação Nacional de Municípios do Ave, que cedeu a sua posição contratual para a CIM do Ave – Comunidade Intermunicipal e de acordo com o critério de reafecção de verbas por Município, foi apresentada a candidatura à tipologia Ciclo Urbano da Água, designada “Substituição e Ampliação da Rede de Distribuição de Água Norte-03-0354-FEDER-00086.”

Tendo em conta que as candidaturas apresentadas até 29/10/2010, beneficiariam de uma taxa de comparticipação de 80%, em detrimento dos 70% contratualizados, se as operações candidatas se encontrassem numa fase avançada de vínculo contratual com os respectivos fornecedores, ou seja, comunicação da intenção de adjudicação (...).

Face ao atrás referido e tendo em conta o artigo 52.º do Dec-Lei n.º 72-A/2010, o Município avançou face à urgência, à modalidade de concurso público urgente, de forma a demonstrar a fase avançada do procedimento concursal.

Anexa-se, Decisão de Aprovação da candidatura supra identificada, comunicada pela comissão directiva do ON.2 em 28/12/2010, que comprova o co-financiamento da obra em causa.

Tendo em conta a alínea b) do n.º 2, do artigo 95.º do CCP, foi dispensado pelo órgão competente a redução do contrato a escrito”.

II - FUNDAMENTAÇÃO

3. Estabelecia o n.º 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho:

“Pode adoptar-se o procedimento do concurso público urgente, previsto nos artigos 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), na celebração de contratos de empreitada, desde que:

- a) Se trate de um projecto co-financiado por fundos comunitários;*
- b) O valor do contrato seja inferior ao referido na alínea b) do artigo 19.º do CCP; e*
- c) O critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.”*

4. Como se sabe, nos artigos 155.º e seguintes do CCP, estabelece-se um procedimento de concurso público urgente para, em caso de urgência, se



proceder à celebração de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de serviços de uso corrente.

Entendeu o legislador alargar a possibilidade de se recorrer ao mesmo procedimento, para a celebração de contratos de empreitada, durante a vigência do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, desde que se verificassem os pressupostos fixados nas alíneas a) a c) do n.º 2 do seu artigo 52º, agora transcrito.

O recurso a esta possibilidade pressupõe, naturalmente, face ao disposto no artigo 155º do CCP, que se esteja em caso de urgência.

5. Tenha-se ainda presente que o artigo 157º do CCP estabelece que o anúncio do concurso público urgente deve seguir modelo a aprovar por portaria e que o programa do concurso e o caderno de encargos devem constar do anúncio.

Relembre-se ainda que o artigo 158º do mesmo código dispõe que o prazo mínimo para apresentação de propostas é de 24 horas.

Estes dois aspectos do regime aplicável ao concurso público urgente, que agora se relevam, permitem sublinhar a prudência com que aquele regime deve ser usado no caso de formação de contratos de empreitadas de obras públicas ou de adjudicação, sem formalização escrita, como sucede no caso *sub judicio*.

Nestas situações, a integração do programa do concurso e do caderno de encargos no anúncio é uma solução impensável. E a definição do prazo para apresentação de propostas deve ser particularmente acautelada, tendo presente que, no concurso público, o prazo mínimo admitido por lei é o de nove dias para os casos de patente simplicidade dos trabalhos a executar. Isto é: tendo a lei admitido a aplicação deste procedimento à formação de contratos de empreitadas de obras públicas, tal aplicação deve ser feita com as adaptações e a prudência necessárias, com respeito do regime legal e dos princípios fundamentais que o enformam.

6. Analisado o processo, pode concluir-se que os pressupostos fixados nas alíneas a) a c) do n.º 2 do citado e transcrito artigo 52º se encontram verificados: trata-se de um projecto co-financiado por fundos comunitários, o seu valor é inferior ao limiar que releva no caso, e o critério de adjudicação foi o do mais baixo preço.



7. Verificados os pressupostos do citado artigo 52º, impõe-se saber se se está perante um caso de urgência. Para esse efeito, releva o que acima consta da matéria de facto, acima indicada no nº 2: tornava-se urgente proceder à adjudicação da obra, para se obter um financiamento comunitário, participado em 80% e não em 70%.

As questões do financiamento comunitário surgem assim, no presente processo, invocadas na verificação de dois pressupostos. No da alínea a) do nº 2 do artigo 52º (é um projecto co-financiado por fundos comunitários) e no do artigo 155º do CCP (o risco de se perderem os financiamentos comunitários, à taxa mais favorável, tornava o procedimento relativo a esta empreitada um caso de urgência).

8. Foi fixado um prazo de dois dias para apresentação de propostas.

Relembre-se que se trata de um concurso para adjudicação de uma empreitada cujo valor é aproximadamente de 400 mil euros. Tenha-se em conta que o prazo de execução da obra é de 5 meses.

Não pode deixar de perguntar-se: é aceitável que para a formação de um contrato ou decisão de adjudicação, com estas características, se estabeleça um prazo de dois dias para apresentação de propostas? Propostas para uma empreitada, que têm de corresponder a um determinado programa, a um projecto de execução, lista de todas as espécies de trabalhos e mapa de quantidades? E refira-se que, no caso, estas lista e mapa apresentam alguma complexidade, com desenvolvida pormenorização dos elementos de execução da obra.

Dir-se-á: a lei admite que o prazo mínimo nos concursos urgentes seja de 24 horas.

É verdade que a lei estabeleceu aquele prazo. Contudo, a lei estabeleceu tal prazo como mínimo. Isto é: aos responsáveis administrativos compete estabelecer o concreto prazo respeitando tal mínimo, mas também as necessárias condições de observância de outras disposições legais e dos princípios básicos da contratação pública. Designadamente, os princípios da igualdade e da concorrência, fixados no nº 4 do artigo 1º do CCP, mas igualmente na Constituição⁹.

⁹ Vide nº 2 do artigo 266º e a alínea f) do artigo 81º da CRP.



Parece ser evidente que no caso de empreitadas de obras públicas, é impossível num prazo de dois dias para apresentação de propostas estarem asseguradas condições de igualdade e de leal concorrência entre os potenciais interessados em apresentar propostas.

Mais: parece ser evidente que para uma correcta apresentação de propostas, com o rigor necessário à salvaguarda dos interesses públicos e para que não surjam sobressaltos na fase de execução, aquele prazo é manifestamente insuficiente.

Aliás, da cronologia do procedimento que acima se destacou no n.º 2 resulta que entre a decisão para abertura do procedimento (6 de Outubro) e a decisão de adjudicação (26 de Outubro), só dois dias foram destinados à publicitação do procedimento e à apresentação de propostas. É desequilibrado! E tal desequilíbrio torna-se manifesto se atendermos a outras datas relativas a trabalhos preparatórios de lançamento da empreitada, que se iniciaram em Junho do mesmo ano.

A fixação de um prazo de dois dias, para apresentação de propostas, neste concreto procedimento, viola pois os princípios da igualdade e da concorrência, fixados no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

A fixação de prazos tão reduzidos, em casos de empreitadas de obras públicas, põe igualmente em causa o princípio da transparência a que se deve subordinar toda a actividade administrativa, também expressamente consagrado nesta disposição legal.

9. Como acima se registou no n.º 2, no presente procedimento não se procedeu à elaboração de contrato escrito. E questionada a CMF sobre o assunto veio referir simplesmente que “[t]endo em conta a alínea b) do n.º 2, do artigo 95.º do CCP, foi dispensado pelo órgão competente a redução do contrato a escrito”.

Ora, o artigo 95.º do CCP dispensa a redução a escrito de contrato nos casos previstos no seu n.º 1. E de entre estes destaque-se o caso consagrado na alínea d): “(...) contrato de empreitada de obras públicas de complexidade muito reduzida e cujo preço contratual não exceda (euro) 15000”.



E, no nº 2 do mesmo artigo, na invocada alínea b) dispensa-se a redução a escrito de contratos, na sequência de concurso público urgente, desde que nesse sentido seja tomada decisão fundamentada.

Isto é: quando a situação se integra nas previsões do nº1, pode ser tomada decisão de dispensa, por remissão para a disposição legal permissiva. Quando se integra nas situações do nº 2, para além de tal remissão, é necessária a explicitação dos fundamentos da decisão.

Ora, no presente procedimento a entidade adjudicante limitou-se a explicitar a disposição legal em que se baseou, mas ignorou que tal disposição lhe exigia fundamentação da decisão.

Assim, para além de haver violação do nº 2 do artigo 95º e do princípio geral da fundamentação que deve imperar na acção administrativa, a não redução a escrito, sem fundamentação, neste caso também prefigura a violação do já referido princípio da transparência.

10.As violações de lei identificadas ofendem pois os princípios da concorrência, da transparência e o da igualdade de oportunidades dos operadores económicos. Princípios cuja observância permitem também obter as melhores propostas para melhor prossecução dos interesses públicos.

Tal violação, podendo ter restringido o universo de potenciais interessados e concorrentes, é igualmente susceptível de ter alterado o resultado financeiro do procedimento.

Enquadra-se, pois, tal violação no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC¹⁰, quando aí se prevê *“ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.”*

Refira-se, a propósito, que quando se diz *“[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro”* pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração dos resultados financeiros.

¹⁰ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.



III – DECISÃO

11. Pelos fundamentos indicados, por força do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao acto de adjudicação acima identificado.
12. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 10 de Março de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(António Cluny)