

ACÓRDÃO N.º 21/2011 - 05.Abr.2011 - 1ªS/SS

(Processo n.º 137/2011)

DESCRITORES: Concurso Público Urgente / Urgência / Prazo / Apresentação das Propostas / Princípio da Igualdade / Princípio da Concorrência / Princípio da Transparência / 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.
3. Não se verificando o pressuposto da “urgência” que a lei exige para o lançamento de concurso público urgente, deveria ter sido feito uso do procedimento que o CCP prevê no art.º 20.º, n.º 1, al. b): concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.
4. A fixação de um prazo de 3 dias para apresentação de propostas, dentro do tipo de procedimento adoptado, viola os princípios da igualdade, da concorrência e da transparência, fixados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP e o disposto no n.º 2 do art.º 63.º do mesmo Código.
5. As violações de lei mencionadas ofendem os princípios da concorrência e da igualdade de oportunidades dos operadores económicos, 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



Tribunal de Contas

Mantido pelo acórdão nº 34/11, de 06/12/11,
proferido no recurso nº 15/11

ACÓRDÃO Nº 21 /2011 – 5.ABR-1ª S/SS

Processo nº 137/2011

I – OS FACTOS

1. A Câmara Municipal de Tondela (doravante designada por CMT ou por CM) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada relativo ao “Arranjo Urbanístico do Monte Calvário em Campo de Besteiros” celebrado, em 18 de Janeiro de 2011, entre o Município de Tondela e a empresa Orbisource - Ambiente, Lda., pelo valor de € 377.357,07 €, 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) 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 CCP¹;
 - b) A abertura do concurso público urgente foi autorizada, por deliberação da CMT, de 22 de Junho de 2010²;
 - c) O anúncio de concurso público urgente foi enviado e publicado no D.R. n.º 163, II Série, de 23 de Agosto de 2010;
 - d) O prazo de execução da obra é de 6 meses;
 - e) O critério de adjudicação foi o do mais baixo preço³;
 - f) O financiamento comunitário foi aprovado⁴;
 - g) Foi fixado um prazo de apresentação das propostas de 3 dias, a contar do envio do anúncio para publicação;
 - h) Onze concorrentes apresentaram propostas, tendo sido excluídas duas;
 - i) Em 9 de Setembro de 2010 foi feita a adjudicação;
 - j) O contrato só produz efeitos materiais e financeiros após visto deste Tribunal⁵;

¹ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei nº 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 nº 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de Dezembro.

² Vide fl. 3 do processo.

³ Vide o artigo 10º do programa de procedimento.

⁴ Vide fl. 36 e ss. do processo.



- k) O procedimento de formação do contrato *sub judicio*, seguiu a seguinte cronologia:
- Deliberação para a abertura do procedimento em 22 de Junho de 2010;
 - Anúncio enviado e publicado em 23 de Agosto de 2010;
 - Apresentação de propostas em 26 de Agosto de 2010;
 - Deliberação de adjudicação em 9 de Setembro de 2010;
 - Contrato celebrado em 18 de Janeiro de 2011;
- l) Tendo-se questionado a CMF para que justificasse qual o fundamento da urgência para a adopção da modalidade de concurso público urgente, veio⁶ aquela entidade adjudicante informar o seguinte:

“O Governo aprovou legislação, nomeadamente o ponto 2, do artigo 52º do Decreto-Lei nº 72-A/2010, de 18 de Junho de 2010, que tem como o principal objectivo promover o rápido orçamento do nível de execução dos Programas Operacionais do QREN e promover a inclusão da actividade económica e do emprego.

Ao mesmo tempo, foram aprovadas regras excepcionais em termos de co-financiamento do Programa Operacional da Região Centro (PORC) (no âmbito do acordo assinado a 9 de Março de 2010 entre o Ministério da Economia, Inovação e Desenvolvimento e a Associação Nacional de Municípios Portugueses), segundo as quais, foi elevado para 80% o valor de co-financiamento sobre o valor elegível dos projectos.

No quadro desse acordo, e conseqüentemente, as Comunidades Intermunicipais – CIM, foram informadas que havia também um prazo limite para aceder a novas candidaturas (dentro das CIMS) e no âmbito do Balcão Permanente, que termina em 30 de Outubro.

Corporizando estes objectivos do Governo, a informação enviada, projecta um quadro onde se espera que as CIM e Municípios que melhor execução apresentem, poderão, naturalmente, vir a ter mais recursos financeiros para realizar novos projectos.

Por outro lado, o citado Dec. Lei 72-A/2010, de 18 de Junho, que prevê as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2010, aprovado pela Lei nº 3-B/2010 de 28 de Abril, prevê o recurso a Concursos Públicos Urgentes, quando se trate de um projecto co-financiado por fundos comunitários, e o valor do contrato seja inferior

⁵ Conforme se refere no contrato, *in fine*.

⁶ Conforme se refere no nº 2 do ofício nº 31 de 9 de Março de 2011, a fl. 23 e ss. do processo e no Anexo 1, a fls. 29 e ss.



ao referido na alínea b) do artigo 19º do CCP e o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.

Ora, o Município pretende realizar um conjunto de obras que se encontram definidas no seu Plano de Actividades e que se enquadram nas obras estratégicas plasmadas no âmbito do Plano de Acção da CIM Dão-Lafões, as quais para serem objecto de candidatura têm de evidenciar um determinado grau de maturidade, o qual não será garantido, tendo presente as datas e os prazos estipulados, sem recurso ao instrumento citado no artigo 52º do Dec. Lei 72-A/2010.

Todas estas razões levam, naturalmente, do ponto de vista Estratégico e Financeiro, a promover a realização destes investimentos, para o que se torna imprescindível recorrer à modalidade de concurso público urgente, de forma a não perder a oportunidade de admissibilidade e aprovação das candidaturas cujos projectos e respectivos valores se discriminam (...).”

E na Informação nº 285 do Departamento Técnico de Planeamento Urbanístico e Edifícios Públicos⁷, também se afirma:

“(...) Esta obra por estar incluída na relação de obras a submeter a candidaturas a fundos comunitários por o seu valor base referido anteriormente ser inferior ao referido na alínea b) do artº 19 do CCP reúne os requisitos para que possa ser adoptado o procedimento de adjudicação por concurso público urgente nos termos do nº 2 do artigo 52º do Decreto-Lei nº 72-A/2010 de 18 de Junho.

Considera-se que o prazo mínimo necessário para a apresentação das propostas tendo em conta o volume, tipo e complexidade dos trabalhos a executar e o valor da obra não deverá ser inferior a 3 dias.”

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.A – A formação do contrato mediante concurso público urgente

3. Estabelecia o nº 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

⁷ Vide fl. 32 do processo.



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, 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, dada a dimensão destas peças documentais. Daí que os serviços públicos, como aconteceu no presente caso, tenham adoptado a solução de remissão dessa informação para as plataformas electrónicas.



Também 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.

Em conclusão: 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, conclui-se que os pressupostos fixados nas alíneas a) a c) do n.º 2 do citado e transcrito artigo 52.º 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 52.º, impõe-se saber se se estava perante um caso de urgência.

Efectivamente, a verificação dos pressupostos fixados no artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, não constitui por si só fundamento suficiente para a adopção do procedimento de concurso público urgente para a formação de contratos de empreitada. Deve entender-se que foi intenção do legislador que, verificados aqueles pressupostos, e **havendo urgência**, podiam as entidades adjudicantes fazer uso daquele tipo de procedimento em empreitadas.

Para demonstrar a urgência necessária para adopção de concurso público urgente na formação do presente contrato, alegou a CMT que “(...) *havia também um prazo limite para aceder a novas candidaturas (...), que termina em 30 de Outubro*” e que “(...) *foram aprovadas regras excepcionais em termos de co-financiamento do Programa Operacional da Região Centro (...) segundo as quais, foi elevado para 80% o valor de co-financiamento sobre o valor elegível dos projectos*”. Tornava-se pois “*imprescindível recorrer à modalidade de concurso público urgente, de forma a não perder a oportunidade de admissibilidade e aprovação das candidaturas*”.

E também foi referido que era importante “*realizar um conjunto de obras que se encontram definidas no (...) Plano de Actividades e que se*



enquadram nas obras estratégicas plasmadas no âmbito do Plano de Acção da CIM Dão-Lafões”.

Ora, nesta ponderação, é preciso também ter em conta que a deliberação para a abertura do procedimento foi tomada em 22 de Junho de 2010, o anúncio de abertura do concurso foi enviado e publicado em 23 de Agosto de 2010, a deliberação de adjudicação tem data de 9 de Setembro de 2010 e o contrato foi celebrado em 18 de Janeiro de 2011.

Diga-se desde já que o facto de a obra estar prevista no Plano de Actividades e no Plano de Acção da CIM Dão-Lafões não releva obviamente para a “urgência” a que se refere o artigo 155º do CCP: se assim fosse, todas as obras previstas nos planos de actividades e de acção poderiam passar a ser consideradas urgentes... para aquele efeito...

O tempo que mediou entre a decisão de lançamento do procedimento e a sua efectiva publicitação (dois meses) revela bem que não havia urgência em encetar e finalizar a obra.

E, pese embora a justificação acertada que se deu, a delonga na celebração do contrato e o facto de se aguardar pelo visto do Tribunal para a produção de efeitos materiais, também revela que a obra não era, nem é urgente.

Ora, de tudo o que foi alegado, resulta que era urgente proceder-se à abertura de concurso para que a CMT pudesse beneficiar de melhores condições de financiamento, o que se traduz num aspecto inegavelmente positivo para a sua gestão financeira.

Mas nada mais do que isso.

Foi pois demonstrada a urgência na abertura de um procedimento, mas não foi demonstrada a urgência para que ele se concluísse, e se obtivesse urgentemente a obra feita, de forma a se seguir necessariamente o concurso público urgente.

8. O artigo 155º do CCP ao consagrar a figura de concurso público urgente, expressamente refere, como se viu, que se destina a casos de urgência.



E, no caso, não havia urgência que impedisse a utilização de procedimento não urgente.

Assim, não se verificando o pressuposto da “urgência” que a lei exige para lançamento de concurso público urgente, deveria a CMA ter feito uso, ainda que com publicação célere do anúncio, do procedimento que o CCP prevê, na alínea b) do nº 1 do seu artigo 20º, para um contrato desta natureza e deste valor: concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

Ocorreu pois a violação destas disposições legais.

II.B – O prazo para apresentação de propostas no concurso público urgente

9. Mas mesmo que outras razões possam ser invocadas para justificar o lançamento do concurso público urgente, e este fosse admissível, um outro aspecto no caso concreto deve ser analisado.

O seguinte: foi fixado um prazo de três dias para apresentação de propostas.

Não pode deixar de perguntar-se: é aceitável que para a formação de um contrato de empreitada se estabeleça um prazo de três 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?

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 transparência, da igualdade e da concorrência, fixados no nº 4 do artigo 1º do CCP, mas igualmente na Constituição⁸.

⁸ Vide nº 2 do artigo 266º e a alínea f) do artigo 81º da CRP.



A observância destes princípios permite também obter as melhores propostas para melhor prossecução dos interesses públicos

Relembre-se o que dispõe o CCP no nº 2 do seu artigo 63º:

“Na fixação do prazo para a apresentação das propostas deve ser tido em conta o tempo necessário à sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objecto do contrato a celebrar, em especial dos aspectos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como a necessidade de prévia inspecção ou visita a locais ou equipamentos, por forma a permitir a sua elaboração em condições adequadas e de efectiva concorrência.”

Ora, parece ser evidente que para a formação de um contrato de empreitada, é impossível num prazo de 3 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.

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

E, da cronologia do procedimento que acima se destacou na alínea k) do nº 2, resulta que o prazo fixado foi manifestamente desproporcionado: somente 3 dias para apresentação de propostas num procedimento que foi autorizado em Junho e em que a adjudicação ocorreu em Setembro.

Neste contexto, reforça-se a inadmissibilidade de um prazo tão curto para apresentação de propostas para execução de uma empreitada.

10. A fixação de um prazo de três dias, para apresentação de propostas, neste concreto procedimento, viola pois os princípios da igualdade e da concorrência e da transparência, fixados no nº 4 do artigo 1º do CCP e igualmente o disposto no nº 2 do artigo 63º do mesmo código



11. Dir-se-á que o facto de se terem apresentado 11 concorrentes é demonstração que não houve restrição de concorrência e que, perante tal dado, igualmente foi assegurada a igualdade entre todos os potenciais interessados. Mas tais conclusões não poderão nunca ser demonstradas. O julgador não pode deixar de ter em conta as circunstâncias concretas em que a empreitada decorre, com a emergência de uma forte crise económica e retracção do investimento, público e privado, e que podem, embora só em parte, explicar tão elevado número de concorrentes.

E, sobretudo, diga-se que um prazo tão reduzido, numa empreitada desta natureza, faz fraquejar a certeza, que deve imperar na gestão pública, de que a transparência foi assegurada e as formalidades no procedimento – que na Administração de um Estado de Direito são garantia de observância de valores essenciais – foram efectivamente conduzidas de acordo com a lei.

Finalmente, refira-se que, se por mera hipótese, se admitisse ter sido legal a opção por um concurso público urgente, a adopção do prazo de três dias fere de ilegalidade o procedimento e o resultado que dele se obteve.

II.C – A relevância das violações de lei identificadas para efeitos de concessão de visto

12. As violações de acima identificadas nos números 8 e 10, podendo ter restringido o universo de potenciais interessados e concorrentes, e ofendido a transparência que deve imperar no procedimento, são susceptíveis de ter alterado o resultado financeiro do procedimento.

13. Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do nº 3 do mesmo artigo 44º da LOPTC⁹, 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

⁹ 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.



basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração dos resultados financeiros.

III – DECISÃO

14. 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 contrato.
15. 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, 5 de Abril de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(António Santos Soares)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(António Cluny)