

1.ª Secção – SS  
Data: 22/11/2022  
Processo: 1048/2022

RELATOR: Conselheiro Nuno Miguel P. R. Coelho

NÃO TRANSITADO

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

## I. RELATÓRIO

1 Resulta fundamentalmente do processo o seguinte:

- 1.1 O Município de Aveiro (doravante MA) remeteu em 18/07/2022 a este Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, um contrato para execução da empreitada de “requalificação e ampliação da Escola Básica das Barrocas”, datado de 13/06/2022, entre o mesmo MA e a empresa *Nível 20 – Estudos, Projetos e Obras, Lda.*, no valor de € 2 326 000,00, e com o prazo de 360 dias.
- 1.2 A entidade fiscalizada foi interpelada, uma primeira vez, pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP), em 28/07/2022, para vir prestar esclarecimentos e juntar documentos em falta, tendo respondido através do requerimento n.º 387/2022, de 11/08/2022.
- 1.3 Depois disso, o processo veio a ser objeto de nova devolução, agora por determinação judicial, em Sessão Diária de Visto de 22/08/2022, para prestação de mais esclarecimentos e junção de documentos ainda em falta, ao que a entidade fiscalizada respondeu através do requerimento n.º 676/2022, de 19/09/2022.
- 1.4 Em Sessão Diária de Visto de 20/09/2022, foi o processo novamente devolvido à entidade fiscalizada para que demonstrasse que a candidatura a financiamento da União Europeia tinha sido aprovada pela entidade competente, remetendo o termo de aceitação devidamente assinado, bem como eventuais reprogramações temporais e/ou financeiras, adequadas ao prazo de execução da obra, tendo esta apresentado resposta em 17/10/2022, através do requerimento n.º 896/2022.
- 1.5 Por fim, em Sessão Diária de Visto de 19/10/2022, foi determinada nova abertura de contraditório quanto às questões de ilegalidade ali suscitadas.

- 1.6 Na sequência dessa devolução judicial, com alusão ao contraditório, a entidade requerente prestou esclarecimentos e apresentou alegação, elementos ponderados no presente Acórdão.

## II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

### II.1 FACTOS PROVADOS

- 2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:
- 2.1 O MA remeteu a este TdC, para efeitos de fiscalização prévia, um contrato para execução da empreitada de requalificação e ampliação da escola básica das Barrocas, datado de 13/06/2022, entre o mesmo MA e a empresa *Nível 20 – Estudos, Projetos e Obras, Lda.*, no valor de €2.326.000,00, e com o prazo de 360 dias.
- 2.2 Por deliberação da Câmara Municipal de Aveiro de 05/08/2021, foi aprovada a abertura de procedimento concursal para a empreitada “Requalificação e Ampliação da Escola Básica das Barrocas”, na modalidade de concurso público sem anúncio no JOUE.
- 2.3 Nessa deliberação foi ainda decidido não dividir o contrato em lotes, constando a esse propósito na deliberação que *“com base na alínea a), do n.º 2, do Art.º 46.º-A do CCP, a decisão de não contratação por lotes deve-se ao facto de se tratar de trabalhos que não são tecnicamente separáveis, visto estarem interligados e resultarem numa execução única e global”*.
- 2.4 O preço base global para o procedimento foi fixado em 2.475.500,00€ (dois milhões, quatrocentos e setenta e cinco mil e quinhentos euros), acrescido de IVA, à taxa legal em vigor.
- 2.5 O aviso do concurso foi publicitado no *Diário da República*, II série, n.º 159, de 17/08/2021.
- 2.6 A modalidade estabelecida para a avaliação do critério legal de adjudicação foi a de proposta economicamente mais vantajosa na modalidade monofator (preço).
- 2.7 A cláusula 10.ª do Programa de Procedimento dispunha o seguinte:

#### *Cláusula 10ª*

#### ***Documentos que instruem a proposta***

- 1. Na proposta o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e indica as condições em que se dispõe a fazê-lo, sendo constituída obrigatoriamente pelos seguintes documentos:**

- a)** Declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos (cláusulas técnicas e anexos inclusive), elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I ao presente Programa de Procedimento;
- b)** Documentos que contenham os atributos da proposta submetidos à concorrência, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar:
- I.** Declaração com indicação do preço contratual, elaborada de acordo com o Anexo II, acompanhada da respetiva nota justificativa;
  - II.** Lista de preços unitários de todas as espécies de trabalho previstas no projeto de execução, elaborada sobre o ficheiro de cálculo, fornecido na plataforma.
  - III.** Um cronograma financeiro, quando o caderno de encargos seja integrado por um projeto de execução, contendo um resumo dos valores globais correspondentes à periodicidade definida para os orçamentos, subdividido pelas componentes da execução de trabalhos a que correspondam diferentes fórmulas de revisão de preço.
- 2.** A proposta deve, ainda, apresentar os seguintes documentos que contenham as condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetido à concorrência:
- a)** Plano de trabalhos, tal como definido no Art.º 361º do CCP;
  - b)** Plano de pagamentos, tal como definido no Art.º 361º-A
  - c)** Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra;
  - d)** Declaração do concorrente que mencione os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas no Alvará de Construção ou nos certificados de empreiteiros de obras públicas ou nas declarações emitidas pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.
  - e)** Se o concorrente for um agrupamento de empresas, declaração através da qual as empresas que o constituem se comprometem a satisfazer a cláusula 6ª do presente Programa de Concurso.
- 3.** Integram também na proposta quaisquer outros documentos que o concorrente apresente os que considerar indispensáveis ao seu esclarecimento.
- 4.** A declaração referida na alínea a) do n.º 1 deve ser assinada pelo concorrente ou por representante, nos termos do n.º 3 da Cláusula 8º. Sempre que seja assinada por procurador, juntar-se-á procuração que confira a este último poderes para o efeito, ou pública-forma da mesma devidamente legalizada.
- 5.** Quando a proposta seja apresentada por um agrupamento concorrente, a declaração referida na alínea a) do n.º 1 deve ser assinada pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à proposta os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros ou, não existindo representante comum, deve ser assinada por todos os seus membros ou respetivos representantes, nos termos do mencionados n.º 3 da Cláusula 8º.
- 6.** O preço, que não deve indicar o IVA, é indicado em algarismos e por extenso. No caso de existir divergência entre o preço indicado por extenso e o descrito em algarismos prevalecerá sempre o indicado por extenso.
- 7.** A proposta deve mencionar expressamente que ao preço acresce o IVA, indicando-se o respetivo valor e a taxa legal aplicável.
- 8.** Qualquer classificação de documentos que constituem a proposta deverá ser previamente requerida pelos concorrentes, nos termos do Art.º 66º do CCP.
- 2.8 Apresentaram propostas um total de 15 empresas:



- 1 - **Irmãos Moreira, S.A.**, com registo de entrada na plataforma a 10/09/2021 pelas 11h41'04", com o valor global de 1,00€;-----
- 2 - **Ruce – Construção e Engenharia, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 09h26'33", com o valor global de 124.084,69€;-----
- 3 - **Teixeira, Pinto & Soares, S.A.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 09h33'44", com o valor global de 2.915.687,76€;-----
- 4 - **António Saraiva e Filhos, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 09h43'54", com o valor global de 2.258.300,00€;-----
- 5 - **Tovisl – Engenharia e Construção, S.A.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 10h18'49", com o valor global de 2.468.148,70€;-----
- 6 - **Nível 20 – Estudos, Projetos e Obras, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 10h51'15", com o valor global de 2.326.000,00€;-----
- 7 - **Habitãmega, Construções, S.A.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 10h52'58", com o valor global de 2.472.000,00€;-----
- 8 - **Socértima – Sociedade de Construções do Cértima, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 11h34'02", com o valor global de 1.240,85€;-----
- 9 - **Joaquim Fernandes Marques & Filho, S.A.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 15h47'48", com o valor global de 55,00€;-----
- 10 - **Tevlls Construções, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 15h48'18", com o valor global de 1.240,85€;-----
- 11 - **Construções Refolense, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 16h30'18", com o valor global de 2.442.126,91€;-----
  
- 12 - **Dape, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 16h42'21", com o valor global de 2.375.438,29€;-----
- 13 - **Ângulo Recto – Construções, Lda.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 16h47'28", com o valor global de 2.475.399,91€;-----
- 14 - **Norasil , Soc. Construção Civil, S.A.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 16h57'41", com o valor global de 2.870.360,01€;-----
- 15 - **Edíbarra – Engenharia e Construção, S.A.**, com registo de entrada na plataforma a 23/09/2021 pelas 16h58'52", com o valor global de 2.325.000,00€;-----

2.9 No relatório preliminar elaborado em 07/10/2021, o júri propôs a exclusão das seguintes propostas:



- 1 - **Irmãos Moreira, S.A.**, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, por não se encontrar devidamente instruída com todos os documentos exigidos na Cláusula 10ª do Programa de Procedimento, tendo sido apenas apresentada uma Declaração a informar que após análise e estudo dos elementos patenteados a concurso e otimizados todos os custos envolvidos, constatarem que o valor da proposta é superior ao valor base do concurso.-
- 2 – **Ruce – Construção e Engenharia, Lda.**, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, por não se encontrar devidamente instruída com todos os documentos exigidos na Cláusula 10ª do Programa de Procedimento, tendo sido apenas apresentada uma declaração a informar que o valor da sua proposta encontra-se acima do valor base.-
- 3 – **Teixeira, Pinto & Soares, S.A.**, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, por não se encontrar devidamente instruída com todos os documentos exigidos na Cláusula 10ª do Programa de Procedimento, tendo sido apenas apresentada uma declaração a informar que dado o baixo valor base da empreitada, não é possível apresentar proposta competitiva.-----
- 4 – **António Saraiva e Filhos, Lda**, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, por não se encontrar devidamente instruída com todos os documentos exigidos na Cláusula 10ª do Programa de Procedimento, nomeadamente a nota justificativa exigida no ponto I da alínea b) do n.º 1 da referida cláusula. -----
- 8- **Socértima – Sociedade de Construções do Cértima, Lda.**, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, por não se encontrar devidamente instruída com todos os documentos exigidos na Cláusula 10ª do Programa de Procedimento, tendo sido apenas apresentada uma declaração a informar que em virtude do valor da proposta da proposta apurado ser superior ao valor do preço base do procedimento.-----
- 9- **Joaquim Fernandes Marques & Filhos, S.A.**, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, por não se encontrar devidamente instruída com todos os documentos exigidos na Cláusula 10ª do Programa de Procedimento, tendo sido apenas apresentada uma declaração a informar que não apresenta proposta e respetivos documentos exigidos no programa de procedimento pelo motivo do valor desta ser superior ao valor base.-----
- 10- **Tevills – Construções, Lda.**, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art.º 146º do CCP, por não se encontrar devidamente instruída com todos os documentos exigidos na Cláusula 10ª do Programa de Procedimento, tendo sido apenas apresentada uma declaração a informar que não apresenta proposta e respetivos documentos exigidos no programa de procedimento pelo motivo do valor desta ser superior ao valor base.-----
- 14 – **Norasil , Soc. Construção Civil, S.A.**, nos termos da alínea o) do n.º 2 do art.º 146º conjugado com a alínea d) do n.º 2 do art.º 70º ambos do CCP, por o preço contratual apresentado ser superior ao preço base estipulado pela entidade adjudicante.-----

## 2.10 Mais propôs a seguinte ordenação das propostas admitidas:

---Assim, e de acordo com o critério de adjudicação, propõe-se, nos termos do n.º 1 do art.º 146º do Código dos Contratos Públicos, a seguinte ordenação das propostas: -----

Ordenação	Concorrentes	Classificação
1	Edlbarra – Engenharia e Construção, S.A	2.325.000,00 €
2	Nível 20 – Estudos, Projetos e Obras, Lda	2.326.000,00 €
3	Dape, Lda	2.375.438,29 €
4	Construções Refoiense, Lda	2.442.126,91 €
5	Tovisi – Engenharia e Construção, S.A	2.468.148,70 €
6	Habitâmega, Construções, S.A	2.472.000,00 €
7	Ângulo Recto – Construções, Lda	2.475.399,91 €

- 2.11 Após audiência prévia, período no qual houve pronúncias por parte de dois concorrentes, a entidade fiscalizada propôs a seguinte nova ordenação de propostas:

— No entanto ao reanalisar os documentos da proposta apresentada pelo concorrente nº. 15 - EDIBARRA – Engenharia e Construção, S.A, o júri verificou que a proposta não contém todos os documentos exigido na alínea c) do nº 2 da cláusula 10ª do Programa de Procedimento, designadamente a memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra, constituindo tal omissão fundamento de exclusão da proposta, de acordo com a alínea d) do nº.2 do artº.146 e nº 1 do art. 148º do CCP e ainda o teor dos acórdãos acima transcritos, pelo que, o Júri deliberou a sua exclusão.-----

—Tendo tal apreciação determinado uma alteração na ordenação das propostas constantes do relatório preliminar, impõe-se a realização de nova audiência prévia, conforme determina o art.148º, nº 2 do CCP.-----

— Assim, e de acordo com o critério de adjudicação, propõe-se, nos termos do nº 1 do artº 148º do Código dos Contratos Públicos, a seguinte ordenação das propostas:-----

Ordenação	Concorrentes	Valor da Proposta
1	Nível 20 – Estudos, Projetos e Obras, Lda	2.326.000,00€
2	DAPE, LDA	2.375.438,29€
3	Construções Refolense, Lda	2.442.126,91€
4	Tovisi – Engenharia e Construção, S.A.	2.468.148,70€
5	Habitãmega - Construções, S.A.	2.472.000,00€
6	Ângulo Recto – construções, Lda	2.475.399,91€

- 2.12 Por deliberação da Câmara Municipal de Aveiro de 17/02/2022, foi «*deliberado, por unanimidade, adjudicar o procedimento ao concorrente ordenado em primeiro lugar “Nível 20 - Estudos, Projetos e Obras, Lda.”, pelo preço contratual de 2.326.000,00€ (dois milhões, trezentos e vinte e seis mil euros), acrescido de IVA, à taxa legal em vigor, e pagamento a 30 dias após a data da receção das faturas, a executar no prazo de 360 dias seguidos, com base na proposta refª. 1210, datada de 23 de setembro de 2021, nos termos do Programa de Procedimento, Caderno de Encargos e demais documentos patentes no concurso, e aprovar a minuta do contrato, anexa à proposta, ressalvando eventuais ajustamentos à mesma em sede de aceitação pelo adjudicatário, que determinará nova aprovação da minuta final do contrato*».

- 2.13 A entidade fiscalizada foi interpelada pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP) deste Tribunal, através do ofício n.º 27734/2022, de 28/07/2022, nos seguintes termos:

1. Considerando o disposto no n.º 3 do Art.º 47.º do CCP, e uma vez que resulta da proposta sobre a qual recaiu a decisão de contratar, que o preço base teve por referência valores médios de mercado e procedimentos anteriores da autarquia, esclareça quais os critérios objetivos que presidiram à fixação do preço base, remetendo eventuais cálculos de previsão face ao disposto no Art.º 47.º, n.º 3, do CCP, na atual redação.
2. Relacionado com a questão anterior, informe se houve consulta preliminar ao mercado e, em caso afirmativo, quais as medidas concretamente adotadas para evitar a distorção da

*concorrência nos termos e para os efeitos do disposto nos n.ºs 3 e n.º 4 do Art.º 35.º - A do CCP.*

- 3. Esclareça como pode ter por fundamentada a decisão de não contratação por lotes, sendo esta meramente conclusiva, referindo simplesmente na informação que esteve na base da decisão de contratar, “trabalhos que não são tecnicamente separáveis”, explicando as razões de facto que presidiram a essa decisão.*
- 4. Informe se foram pedidos e obtidos todos os pareceres prévios, licenciamentos e autorizações necessários que possam condicionar o procedimento e a execução do contrato, remetendo a respetiva cópia e esclarecendo qual a peça do procedimento que contém a identificação dos referidos pareceres, nos termos do disposto no Art.º 36.º, n.º 5 do CCP.*
- 5. Considerando o disposto no Art.º 23.º, n.º 1 da Lei n.º 31/2009, de 3 de julho, justifique por que não foi estabelecido no programa de concurso, a necessidade de apresentação pelo adjudicatário, dos termos de responsabilidade dos técnicos abrangidos pelo diploma referido, bem como, dos comprovativos de contratação de seguros de responsabilidade civil e da contratação de diretor de obra.*
- 6. Justifique porque no quadro 00.01.01 do mapa de quantidades posto a concurso não especifica nenhuma quantidade.*
- 7. Esclareça porque considera que a falta da apresentação da nota justificativa do preço por parte do concorrente António Saraiva & Filhos Lda. aquando da apresentação da proposta, é motivo de exclusão da mesma, quando era este o concorrente com a proposta economicamente mais vantajosa, justificando a não aplicação do disposto no n.º 3 do Art.º 72º do CCP.*
- 8. Demonstre que a elaboração do Plano de Segurança e Saúde e o Plano de Prevenção e Gestão de Resíduos de Construção e Demolição, foram incluídos pelo dono da obra no conjunto dos elementos que servem de base ao concurso (faz parte integrante do projeto de execução) de acordo com Art.º 8º do DL n.º 273/2003, de 29 de outubro, uma vez que a sua elaboração é da responsabilidade da entidade adjudicante.*
- 9. Informe quanto à eventual apresentação de petições de impugnação judicial de atos administrativos ou equiparados praticados no decurso do procedimento, de peças neste patenteadas ou do contrato celebrado, remetendo, em caso afirmativo, cópia das impugnações, informando quanto aos respetivos fundamentos e situação dos processos, eventual efeito suspensivo automático ou decretamento de medidas provisórias no âmbito do contencioso précontratual.*
- 10. Considerando que a empreitada é financiada por fundos comunitários, remeta cópia do documento comprovativo da aprovação da candidatura, com início e respetiva data da conclusão da operação e eventuais reprogramações adequadas à real execução física e financeira do contrato.*
- 11. Informe se foi contraído algum empréstimo destinado ao financiamento da presente empreitada e, em caso afirmativo, indique se o contrato foi submetido a fiscalização prévia e qual o número de processo que lhe foi atribuído.*
- 12. Demonstre que à data da abertura do procedimento (5-8-2021) se encontravam cumpridas todas as normas relativas à autorização da despesa, respetivo cabimento e fundos disponíveis.*

*Remeta a seguinte documentação:*

- A) Remeta deliberação da CM referente a prorrogação do prazo de apresentação das propostas até 23 de setembro de 2022, nos termos previstos no n.º 5 do Art.º 64º do CCP.
- B) Remeta comprovativo da publicitação da prorrogação mencionada em A), nos termos previstos no n.º 5 do Art.º 64º do CCP
- C) Considerando que o contrato dá lugar a encargo orçamental em mais de um ano económico, remeta autorização prévia para a assunção de compromissos plurianuais do órgão competente para o efeito, nos termos previstos no Art.º 6º da Lei 8/2012, de 21 de fevereiro, Art.º 12º do Decreto-lei 127/2012, de 21 de junho e Art.º 22º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de junho, ou seja, deliberação da assembleia municipal que aprovou o PPI.
- D) Publicitação do anúncio de adjudicação, nos termos do n.º 1 do Art.º 78º do CCP.
- E) Termo de responsabilidade e seguro de responsabilidade civil, válidos à data da celebração do contrato, do diretor de obra, nos termos do disposto no n.º 1 do Art.º 23.º da Lei n.º 31/2009, de 3 de julho;
- F) Lista dos elementos que acompanham o projeto de execução, nos termos do disposto no n.º 5 do Art.º 43.º do CCP e, se for o caso, da fundamentação circunstanciada para a desnecessidade de algum (ns) desses elementos (individualizada);
- G) Alvará do subempreiteiro TIMOTEC-Instalações elétricas, Lda. N.º 43766-PUB e N.º 20761- PUB do subempreiteiro AC.COGER- Sociedade Portuguesa de Congeração Lda.

Remeta a seguinte documentação financeira:

- H) Novas informações de cabimento e compromisso, prestados de harmonia com os Mapas I e II disponibilizados para o efeito na Plataforma eContas, conforme previsto no n.º 4 do Art.º 6.º da Resolução n.º 3/2022-PG, publicada no DR, 2.ª série, n.º 70, de 8 de abril, com a informação relativa às fontes de financiamento do contrato;

2.14 A entidade fiscalizada respondeu através do requerimento n.º 387/2022, de 11/08/2022, no qual, além do mais, se pronunciou nos seguintes termos:

**Resposta:** A decisão de não contratação por lotes deve-se ao facto de se tratar de trabalhos que não são tecnicamente separáveis, visto estarem interligados e resultarem numa execução única e global. Mais concretamente, informa-se que a antiga escola era constituída por dois edifícios separados, a EB e o JI. Com a execução desta empreitada, por questões de integração, de segurança e comodidade, mas também para maior integração dos alunos e rentabilização de espaços, pretende-se uma continuidade dos espaços.

Assim, programaticamente foi definido, e no projeto foi concretizada a unificação física dos espaços construídos: um corpo de entrada, com o refeitório e outras atividades comuns à EB e ao JI, vai ligar os dois edifícios existentes, tornando-os num só, tornando-se inviável e inoperacional a separação dos trabalhos por lotes.

Temos assim que, a decisão de não contratação por lotes assentou na consideração do concreto projeto que se pretende executar por via da empreitada objeto do contrato em apreço, o qual consubstancia prestações técnica e funcionalmente incindíveis, a que acresce a consideração de que a gestão de um único contrato se revela mais eficiente, nos termos e ao abrigo do prescrito no n.º 2 do artigo 46.º - A do CCP.



**Resposta:** Da Cláusula 10.º do Programa do Procedimento (PP), sob a epígrafe “*Documentos que instruem a proposta*” consta, designadamente, o seguinte: “1. *Na proposta o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e indica as condições em que se dispõe a fazê-lo, sendo constituída obrigatoriamente pelos seguintes documentos: (...) b) Documentos que contenham os atributos da proposta submetidos à concorrência, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar: I. Declaração com indicação do preço contratual, elaborada de acordo com o Anexo II, acompanhada da respetiva nota justificativa; (...)*”.

E foi nesses termos que a entidade adjudicante, num juízo de conveniência que lhe assiste na conformação do procedimento, de forma expressa e objetiva, elencou os documentos que devem integrar a proposta, aos quais se pretende que os concorrentes se vinculem, e cuja não apresentação determina a sua exclusão. Termos esses fixados no âmbito do poder tecnicamente discricionário de conformação do procedimento e que se têm conformes aos ditames do CCP (pela leitura conjugada das disposições do artigo 57.º e 132.º), bem assim respeitadores dos princípios norteadores da contratação pública, desde logo por não consubstanciarem qualquer impedimento e/ou restrição à livre concorrência.

E, efetivamente, o Júri, no relatório preliminar, aplicando a supra transcrita norma do PP propôs a exclusão do concorrente António Saraiva & Filhos Lda, porquanto a sua proposta não estava instruída com a nota justificativa do preço ali exigida, ou seja, porque se verificava o incumprimento de uma cláusula legal do procedimento contratual, a qual era do conhecimento de todos os interessados, tal como também o era a consequência do seu não cumprimento.

Ora, as peças do procedimento em questão foram elaboradas em obediência aos termos constantes das cláusulas técnicas gerais do projeto de execução, nas quais o Município de Aveiro estabeleceu claramente o que pretendia contratar e como pretendia fazê-lo, quais os requisitos de acesso ao procedimento, quais os elementos essenciais que deveriam constar das candidaturas e/ou propostas, quais os pressupostos de aceitabilidade das mesmas e de que forma seriam avaliadas.

Sendo certo que o Município de Aveiro na condução de todo o procedimento pré-contratual, em momento algum desrespeitou o disposto no CCP, mormente os enunciados princípios da concorrência e da transparência, não descurando nenhuma das suas fases, muito particularmente o período destinado aos pedidos de esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento previsto no artigo 50.º do CCP, sendo que nenhum dos interessados (inclusivamente o concorrente excluído e a que esse Douto Tribunal se refere) solicitou esclarecimentos, em particular, à cláusula 10.ª do PP relativa aos *“Documentos que instruem a proposta”*.

Razões pelas quais se entende que as peças procedimentais foram as adequadas ao procedimento em questão, em obediência a todos os princípios norteadores da contratação pública, sejam o da concorrência e da transparência, sejam, ainda, os princípios da boa administração, economicidade e do interesse público inerentes à atividade administrativa, não configurando qualquer impedimento e/ou restrição à livre concorrência.

Não obstante, sendo outro o Douto Entendimento desse Tribunal, consigna-se, desde já, a sua adoção e aplicação em futuros procedimentos.

**Resposta:** Relativamente a esta questão, informa-se que a Operação Reabilitação e Ampliação da EB+JI das Barrocas, no âmbito da Candidatura CENTRO-03-5673-FEDER-000353 se encontra em análise pelo Centro2020, pelo que, na presente data, ainda não temos a Decisão de Aprovação da candidatura, comprometendo-se o Município de Aveiro a remeter a mesma logo que dela disponha.

2.15 O processo veio a ser objeto de nova devolução em Sessão Diária de Visto de 22/08/2022, nos seguintes termos:

- a) *Perante o disposto nos n.os 1 e 3 do Art.º 57.º do CCP, e a natureza taxativa da norma, justifique a opção pela solicitação como “Documento da proposta”, cf. cláusula 10.ª, alínea b), subalínea i) do programa do concurso, de “nota justificativa” do preço proposto, sendo o preço o único elemento de avaliação das propostas, evidenciando documentalmente quais os aspetos de execução do contrato previstos no caderno de encargos a que o documento em questão visava dar prossecução;*
- b) *Na sequência do ponto anterior, esclareça porque considera que a falta da apresentação da nota justificativa do preço por parte do concorrente “António Saraiva & Filhos, Lda.” aquando da apresentação da proposta, é motivo de exclusão da mesma, quando era este o concorrente com a proposta economicamente mais vantajosa;*
- c) *Demonstre que a respetiva candidatura foi aprovada pela entidade competente, remetendo o termo de aceitação devidamente assinado, bem como eventuais reprogramações temporais e/ou financeiras, adequadas ao prazo de execução da obra;*
- d) *Remeta os documentos instrutórios da proposta, exigidos no n.º 2 da cláusula 10.º do programa do procedimento;*
- e) *Remeta, também, a declaração dos subempreiteiros, para cumprimento do disposto no n.º 2 do Art.º 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro;*
- f) *Remeta, ainda, declaração do Registo Central do Beneficiário Efetivo da empresa adjudicatária*

2.16 A entidade fiscalizada respondeu através do requerimento n.º 676/2022, de 19/09/2022, com o seguinte teor:

**Resposta:** Reiterando o anteriormente informado, mais se esclarece o seguinte:

Prescrevem os n.ºs 1 e 3 do artigo 57.º do CCP o seguinte:

1. *A proposta é constituída pelos seguintes documentos:*

- a) *Declaração do anexo i ao presente Código, do qual faz parte integrante;*
- b) *Documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar;*
- c) *Documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule;*

(...)

3 - *Integram também a proposta quaisquer outros documentos que o concorrente apresente por os considerar indispensáveis para os efeitos do disposto na parte final da alínea b) do n.º 1.*

Por sua vez, o n.º 1 do artigo 70.º do CCP, que:

*"As propostas são analisadas em todos os seus atributos, representados pelos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação, e termos ou condições."*

Sendo que, nos termos da alínea a) do n.º 2 desse artigo 70.º, *"São excluídas as propostas cuja análise revele:*

- a) *Que não apresentam algum dos atributos ou algum dos termos ou condições, nos termos, respetivamente, do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 57.º;"*

E a alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, que:

*"No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:*

- d) *Que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º;"*

Sendo que o Programa do Procedimento é o regulamento administrativo *"que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração"* (cfr. artigo 41.º do CCP) e deve conter, nomeadamente, *"Os documentos referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º e no n.º 4 do artigo 60.º,"* (cfr. alínea h) do n.º 1 do artigo 132.º do CCP, por se tratar de um concurso público), não podendo, naturalmente, conter quaisquer disposições regulamentares suscetíveis de configurar violação dos princípios informadores da contratação pública, mormente do princípio da concorrência.

E, no PP do procedimento em apreço, a Entidade Adjudicante (EA), na Cláusula 10.º, sob a epígrafe *"Documentos que instruem a proposta"*, consagrou, designadamente, o seguinte: *"1. Na proposta o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e indica as condições em que se dispõe a fazê-lo, sendo constituída obrigatoriamente pelos seguintes documentos: (...) b) Documentos que contenham os atributos da proposta submetidos à concorrência, de acordo com os quais o concorrente se*

dispõe a contratar: I. Declaração com indicação do preço contratual, elaborada de acordo com o Anexo II, acompanhada da respetiva nota justificativa: (...)".

O que fez no âmbito dos seus poderes de conformação do procedimento e em obediência ao princípio da legalidade e, bem assim, ao princípio da livre concorrência, pois que aquela Cláusula 10.<sup>a</sup> não é (e não foi) passível de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Atente-se que, sendo a proposta definida como a declaração negocial pela qual o concorrente manifesta à EA a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo (cfr. artigo 56.º, n.º 1 do CCP), não consiste (por regra, claro e no caso, certamente) numa declaração simples, veiculada num documento formalmente isolado. Ao invés é um conjunto de documentos e de declarações elaborados pelo concorrente e pelos quais o mesmo se responsabiliza perante a EA. E, no procedimento em causa, entendeu a EA que a nota justificativa do preço, documento integrante, incidível da proposta porque substantivamente complementar à declaração de preço contratual (atributo da proposta), conforma o mesmo, na medida em que é – assim foi o propósito – passível de promover a justificação do preço proposto, a demonstração da capacidade da empresa para assumir a execução dos trabalhos da empreitada ao preço proposto (tanto mais que não foi fixado preço anormalmente baixo), apto, enfim, a atestar da fidedignidade da sua proposta. E pretendeu a EA, precisamente, que os concorrentes e, claro está, o adjudicatário, apresentassem a NJ (ao invés de deixar ao seu critério fazê-lo) e que à mesma se vinculassem.

E, é nesta ambiência legislativa e regulamentar, que se impôs ao Júri do Procedimento - vinculadamente balizado por aquela estatuição do PP, legal que é à luz do CCP, e informado pelo princípio da legalidade das decisões de exclusão – decidir pela exclusão do concorrente "António Saraiva & Filhos, Lda", na medida em que este não instruiu a sua proposta com um documento exigido no PP e cuja falta configurava irregularidade cominada, expressamente no PP, com a exclusão (o que o concorrente bem sabia), num momento que antecede a análise das propostas, isto é, o momento em que se *coloca* essa questão de qual a proposta economicamente mais vantajosa. Pelo que essa questão não se colocou. E mais se diga que, a ter-se ou a proceder-se doutro modo, tal poderia redundar na adjudicação a proposta irregular, a qual teria de ter sido, *ab initio* em obediência ao estabelecido no PP (e que era do conhecimento de todos os concorrentes), excluída e, assim, uma violação dos princípios cardinais da igualdade, segurança jurídica e da confiança.

Este foi, de resto, o *entendimento* adotado no procedimento conducente à outorga do contrato para a execução empreitada de "Requalificação e Ampliação da Escola Básica de Azurva", visado por esse Douro Tribunal sob o Processo de Fiscalização Prévia 2915/2020.

Dito isto, renova-se a convicção de que as peças do procedimento em questão foram elaboradas em obediência aos termos constantes das cláusulas técnicas gerais do projeto de execução, nas quais o Município de Aveiro estabeleceu, claramente, o que pretendia contratar e como pretendia fazê-lo, quais os requisitos de acesso ao procedimento, quais os elementos essenciais que deveriam constar das candidaturas e/ou propostas, quais os pressupostos de aceitabilidade das mesmas e de que forma seriam avaliadas. E bem assim de que todo o procedimento pré-contratual é respeitou do CCP, mormente os enunciados princípios da concorrência e da transparência, e do clausulado do PP, por não se verificar qualquer impedimento e/ou restrição à livre concorrência.

Não obstante, sendo outro o Douto Entendimento desse Tribunal, consigna-se, desde já, a sua adoção e aplicação em futuros procedimentos.

**Resposta:** Relativamente ao solicitado mantém-se o informado na nossa anterior comunicação, estando a candidatura em questão em fase de avaliação pela entidade cofinanciadora.

Assim, à presente data não existe decisão de aprovação da candidatura, bem como Termo de Aceitação, comprometendo-se o Município de Aveiro a remeter este último logo que dele disponha.

- 2.17 Em Sessão Diária de Visto de 20/09/2022, foi o processo novamente devolvido à entidade fiscalizada para que demonstrasse que a candidatura a financiamento da União Europeia foi aprovada pela entidade competente, remetendo o termo de aceitação devidamente assinado, bem como eventuais reprogramações temporais e/ou financeiras, adequadas ao prazo de execução da obra.
- 2.18 A entidade fiscalizada apresentou resposta em 17/10/2022, através do requerimento n.º 896/2022, nos seguintes termos:

Em cumprimento do despacho proferido em sessão diária de visto de 20 de setembro de 2022, que decidiu pela devolução do contrato a este Município, e atendendo ao facto de não dispormos, à data, de comprovativo da decisão de aprovação da candidatura, bem como Termo de Aceitação, nos termos do já anteriormente informado na nossa última comunicação, o Município de Aveiro assume-se como entidade financiadora, sem prejuízo da posterior alteração da fonte de financiamento aquando da aprovação da respetiva candidatura relativa à operação CENTRO-03-5673-FEDER-000353 – “Operação Reabilitação e Ampliação da EB+JI das Barrocas”.

Assim, somos a remeter, em anexo, sob **Doc01\_certidao\_AMA.pdf**, a certidão da Assembleia Municipal de Aveiro que autorizou a alteração às fontes de financiamento, o que se traduz na atualização dos registos financeiros (informações de cabimento, compromisso e Encargos orçamentais diferidos revistas, conforme **Doc02\_cabimento.pdf**, **Doc03\_compromisso.pdf** e **Doc04\_encargos\_diferidos.pdf**), mantendo-se inalteradas as restantes informações prestadas.

Mais se informa que, os **documentos instrutórios** supramencionados se encontram disponíveis na **Plataforma eContas**, na secção **Resposta a Processo Pendente - Outros documentos**.

- 2.19 Em Sessão Diária de Visto de 19/10/2022, foi determinada nova abertura de contraditório quanto às seguintes questões:

I. Questões de legalidade suscitadas no relatório do Departamento de Fiscalização Prévia (DFP)

*Nos antecedentes relatórios do DFP (Relatório 1, 2 e 3) são suscitados determinados questionamentos de legalidade sobre o contrato de empreitada aqui apresentado à fiscalização prévia deste Tribunal de Contas e que poderão vir a fundamentar uma eventual recusa de visto.*

*Na verdade, tal como menciona o mesmo relatório, o contrato em apreciação poderá ser questionado a propósito da exclusão da proposta economicamente mais vantajosa de um concorrente, exclusão que se afigura ser ilegal, por a falta do documento que terá determinado tal exclusão, não ser essencial, isto na conjugação dos Art.ºs 56.º, 57.º, n.º 1, alíneas b) e c), 70.º e 72.º, n.º 3, todos do Código dos Contratos Públicos (CCP).*

*Face às disposições acima citadas, afigura-se-nos que a nota justificativa do preço não contém os atributos da proposta, pois é apenas um documento acessório, que acompanha a declaração com indicação do preço contratual, este sim, um atributo da proposta.*

*Donde, a falta daquele documento não é subsumível à alínea a) do 2 do Art.º 70.º do CCP.*

*A nota justificativa também não se enquadra na alínea b) do n.º 1 do Art.º 57.º do CCP porquanto não é um documento que tenha sido exigido para comprovação de quaisquer «termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule;».*

*Daqui resulta que se trata de um documento que não se encontra relacionado com o elemento objetivo da proposta, ou seja, não se reporta às condições ou formas de execução (termos e condições) por que o concorrente se dispõe a contratar, pelo que também não é subsumível à alínea b) do n.º 2 do Art.º 70.º do CCP.*

*O júri justificou a exclusão do concorrente recorrendo à alínea d) do 2 do Art.º 146.º do CCP, ou seja, a falta de apresentação dos documentos exigidos nos n.ºs 1 e 2 do Art.º 57.º do CCP.*

*Ora, perante a natureza taxativa do Art.º 57.º do CCP, entendemos que a apresentação da nota justificativa do preço não se enquadra na previsão daquele Art.º e, por isso, à falta de apresentação da mesma não se lhe aplica a alínea d) do 2 do Art.º 146.º do CCP.*

*Neste sentido, terá de entender-se que está em causa uma irregularidade causada pela preterição de uma formalidade não essencial, caso em que o júri poderia ter recorrido ao n.º 3 do Art.º 72.º do CCP, e solicitado ao concorrente preterido a junção da nota justificativa que não iria alterar ou completar o atributo do preço, pois este foi suficientemente objetivado com a declaração do n.º 1 do Art.º 57.º do CCP e a lista de preços unitários.*

*Cumprе salientar, do mesmo modo, que o legislador, em concordância com jurisprudência e doutrina, estabeleceu no n.º 2 do Art.º 70.º e o n.º 2 do Art.º 146.º, ambos do CCP o princípio da taxatividade das causas de exclusão das propostas.*

*Por último, há que considerar que essa exclusão terá determinado a alteração do resultado financeiro do contrato, na aferição de uma diferença de € 67.700,00 no valor global de € 2.326.000,00.*

*II. Assim, em Sessão Diária de Visto, decide-se determinar a devolução à entidade requerente para, querendo, apresentar pronúncia (no exercício do direito ao contraditório – cfr. Art.º 13.º da Lei de Organização e do Processo do Tribunal de Contas -) sobre as questões jurídicas acima mencionadas e que podem vir a fundamentar uma recusa de visto do descrito contrato.*

2.20 A entidade fiscalizada apresentou pronúncia em 15/11/2022, através de ofício, nos seguintes termos:

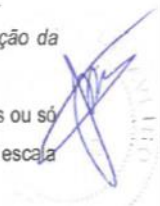
Relativamente ao processo em assunto identificado, recebida a VI comunicação, desde já adiantando que o explanado no seu Anexo, que comporta a análise feita pelo Departamento de Fiscalização Prévia desse Douto Tribunal, mereceu a nossa melhor atenção e consideração, tendo a mesma sido, de imediato, transmitida aos serviços da Autarquia para a devida estimativa, tal como, o que se impõe referir pela similitude, também o foi a Recomendação feita no Processo de Fiscalização Prévia n.º 1101/2022 do contrato para a execução da empreitada de "Requalificação do Centro Cívico de Aradas", bem assim, as demais considerações aí exaradas, tudo o que, se assevera, será respeitado em futuros procedimentos.

Dito isto e não obstante:

1. Ser factual a exclusão da proposta do concorrente António Saraiva & Filhos, Lda, bem assim, o enquadramento/justificação em que a mesma se operou;
2. E que, não fosse essa exclusão, seria aquele – atento o critério de adjudicação – o adjudicatário, pois que apresentava a proposta economicamente mais vantajosa;
3. E, ainda, que tal representa o apontado diferencial de 67.700,00 € face ao valor da proposta do adjudicatário (isto é, face a 2.326.000,00 €, pois que a do concorrente excluído era de 2.258.300,00 €).

Neste ponto, entende-se ser de levar ao conhecimento desse Douto Tribunal o seguinte:

4. O contrato sob análise tem por objeto a empreitada de "Requalificação e Ampliação da Escola Básica das Barrocas";
5. Escola essa edificada num tempo em que cada turma do Ensino Primário tinha aulas ou só no período da manhã ou só no da tarde, pelo que foi, naturalmente, dimensionada à escala



do modelo então em vigor, ou seja, do que preconizava o desfasamento de horário. E porque assim era e foi, não resultaram contempladas áreas como o refeitório, polivalentes, áreas exteriores cobertas, precisamente porque as crianças, enquanto permaneciam na escola, passavam, a maior parte do seu tempo, em sala de aula, indo para casa ou para IPSS, almoçar e, eventualmente, frequentar, nestas, atividades extracurriculares, bem como aí permaneciam nas interrupções letivas;

6. Esse *modelo* mudou para o, designado, modelo *escola a tempo inteiro*, em que o horário dos alunos do 1.º Ciclo do Ensino Básico preenche o período da manhã e parte do período da tarde, com a conseqüente necessidade e obrigatoriedade de garantir aos alunos o almoço, tal como também para os do pré-escolar, entretanto tornado obrigatório. Modelo esse que representou o *prolongamento* da permanência dos alunos na escola até ao final do dia, pela *criação* das Atividades de Animação e Apoio à Família (dirigidas ao Pré-Escolar), das Atividades de Enriquecimento Curricular (para os alunos do 1.º Ciclo do Ensino Básico) e da Componente de Apoio à Família (também esta para os alunos do 1.º Ciclo);
7. Acontece que, a Escola Básica das Barrocas não estava preparada para *comportar* tais valências e, assim, para dar resposta às (então) *novas* necessidades;
8. E, não obstante, as alterações entretanto empreendidas por esta Autarquia pela adaptação de um espaço para garantir o serviço de refeições para os alunos do 1.º Ciclo do Ensino Básico e pela construção de um outro e separado edifício no recinto escolar para acolher o pré-escolar (este já com refeitório), a verdade é que tais acomodações não se mostram consentâneas e aptas para dar a necessária, devida e adequada resposta à comunidade escolar, especialmente aos alunos da Escola Básica das Barrocas, desde logo (mas não só) pela inexistência de refeitório para os alunos do 1.º Ciclo;
9. Ora, a Escola Básica das Barrocas, uma das quatro escolas do Ensino Básico (EB) com Pré-Escolar (PE) localizadas no centro da cidade de Aveiro, vai tendo entre 9 a 12 turmas, sendo uma das que tem a maior taxa de frequência no concelho. Efetivamente, no ano letivo 2018/2019, frequentavam o PE 95 crianças e o 1.º Ciclo 207 (cfr. consta da Carta Educativa do Município de Aveiro, aprovada pela Assembleia Municipal de Aveiro a 26.11.2019 e disponível em [https://www.cm-aveiro.pt/cmaveiro/uploads/writer\\_file/document/861/carta\\_educativa\\_aveiro.pdf](https://www.cm-aveiro.pt/cmaveiro/uploads/writer_file/document/861/carta_educativa_aveiro.pdf)) e, no presente ano letivo, são 100 os alunos do PE e 175 os alunos do EB, garantindo almoço para uma média diária de 86 das crianças do PE e de 152 dos alunos do EB (dados reportados a outubro do corrente).

Escola esta que dá ainda resposta (quer a alunos que a frequentam, quer a outros do Agrupamento em que está integrada, quer ainda a outros vindos de outros Agrupamentos) a situações de multideficiência;



10. Tudo isso ponderado, tendo o Município de Aveiro promovido o devido diagnóstico, pela consideração da realidade do Concelho, do seu Parque Escolar e, bem assim, das alterações legislativas sobrevindas e das transferências de competências operadas para o Município em matéria de Educação, definiu, na acima mencionada Carta Educativa, eixos de orientação bem estruturados com metas realistas e ambiciosas. Aí se assumiu, efetivamente, a necessidade de se protagonizar uma nova conceção do Parque Escolar do Município, prevendo-se uma série de alterações para os espaços de ensino do Concelho, tendo definido, em conformidade, os respetivos programas preliminares dos novos projetos;
11. Quanto ao que nos ocupa, ali (na Carta Educativa) se diz: "*A Escola Básica das Barrocas será alvo de ampliação com a criação de espaços comuns, nomeadamente, refeitório e biblioteca*". Foi, assim, idealizado, o que se pretende concretizar com a empreitada em apreço, em prol da comunidade escolar e, muito particularmente, dos alunos: um conceito de escola integrada, em que o PE e a EB partilharam os espaços coletivos (refeitório, biblioteca, recreios, polidesportivo, entradas, etc.), com o propósito de rentabilização e de melhoria da qualidade de ensino. Para tanto e numa perspetiva de conforto, prevê-se o acompanhamento em espaço coberto dos alunos desde o portão de entrada no recinto, a escola passará a estar dotada de aquecimento central, controle de temperatura e de qualidade do ar ambiente através de ventilação forçada, além da acústica e dos níveis de iluminação adequados à função e à idade. Acrescendo qualidade em termos de segurança, quer no que concerne à segurança contra incêndios, quer no que respeita à intrusão ou acessibilidade.

Acontece que:

12. a não execução do contrato em fiscalização (de cujo ato de adjudicação não foi interposta qualquer ação de contencioso pré-contratual), face à não concessão de visto, importará a necessidade do lançamento de novo procedimento concursal, com os consequentes custos e delongas na concretização da empreitada e, assim, o adiar das alterações que se impõem concretizar para resposta às necessidades de todos os dias da comunidade escolar, principalmente dos alunos (não sendo de desconsiderar a eventual indemnização face à ineficácia do contrato);
13. tal como conduzirá, inevitavelmente, ao garantido agravamento do custo da empreitada. Assim é porquanto:
- a) a deliberação de abertura de concurso em apreço data de agosto de 2021, pelo que já passou ano e meio desde que foi calculado o orçamento para os trabalhos da empreitada e definido o preço base;
  - b) O contexto que se tem vivido, a nível nacional e internacional (fruto da pandemia, da guerra e do aumento dos custos dos combustíveis) teve, tem e, perspectiva-se,



continuará a ter um impacto brutal no custo de construção, havendo matérias-primas com subidas de preços de monta;

- c) Refletindo sobre o aumento de preços da construção (materiais e mão-de-obra) nos últimos meses, diz assim o Instituto Nacional de Estatística:

*Em agosto, a variação homóloga estimada do Índice de Custos de Construção de Habitação Nova (ICCHN) (o que se aplica à empreitada em apreço) foi 12,6%, taxa inferior em 0,7 p.p. à observada em julho. Os preços dos materiais aumentaram 16,6%, desacelerando 0,9 p.p. face ao mês anterior e o custo da mão de obra aumentou 6,9% (7,3% em julho).*

*Entre os materiais que mais contribuíram para esta evolução estão os produtos cerâmicos, com crescimentos homólogos de cerca de 70%. O gasóleo apresentou um crescimento homólogo acima dos 30%. As madeiras e derivados de madeira, o cimento, os aglomerados e ladrilhos de cortiça e as obras de carpintaria e os tubos de PVC aumentos crescimentos homólogos superiores a 20%.*

([https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdestboui=539426032&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdestboui=539426032&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt));

- d) Todos estes materiais, tal como também os aumentos significativos da mão-de-obra e do gasóleo *pesam* no custo da empreitada da Escola;
- e) Ora, nesta ambiência, a ser lançado novo procedimento, o preço terá um incremento, mínimo, de 20%, o que apontará para um preço base muito próximo dos 3.000.000,00€, o que, face ao preço da proposta adjudicatária significaria um aumento de 465.200,00 €.

Assim, atento tudo quanto antecede, não obstante poder considerar-se verificado o fundamento para a recusa do visto plasmado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, face aos (significativos superiores) encargos e, assim, ao maior prejuízo que tal representará para o Município, se entende solicitar esse Douto Tribunal a concessão de visto ao contrato em apreço, à luz do n.º 4 do citado preceito, afixando o compromisso de que em futuros procedimentos se respeitará, como não poderia deixar de ser, a recomendação que venha a formular.

Com os melhores cumprimentos,

O Presidente da Câmara Municipal de Aveiro



(José Agostinho Ribau-Esteves, Eng.º)

- 2.21 No processo de fiscalização prévia n.º 1101/2022, em que era também requerente a entidade aqui fiscalizada, foi proferida em Sessão Diária de Visto de 04/10/2022 a seguinte decisão:

### **DECISÃO**

*Em Sessão Diária de Visto, considerando que:*

*A exclusão da proposta da concorrente Conway, Lda., foi ilegal, por se reportar à falta de um documento que, por um lado não contém atributos da proposta e, por outro, não consta do elenco taxativo do Art.º 57.º do CCP;*

*Tendo a exclusão da referida proposta determinado a alteração do resultado financeiro do contrato, uma vez que a proposta excluída seria a proposta classificada em primeiro lugar, e objeto de adjudicação, por apresentar o preço mais baixo;*

*Pelo que, em face do critério de adjudicação adotado, estaria verificado o fundamento para a recusa do visto, nos termos do disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alínea c) da LOPTC;*

*Porém, a diferença entre a proposta excluída e a proposta a que foi adjudicado o contrato, é de apenas € 10.664,44;*

*E os encargos com novo concurso, e a demora no início da execução da obra, em caso de recusa, acarretariam maior prejuízo para o Município;*

*Assim, entende-se justificar-se, no presente caso, fazer uso do disposto no n.º 4, do citado Art.º 44.º da LOPTC.*

#### **Decisão:**

*Pelo exposto, decide-se conceder o visto ao contrato submetido a fiscalização prévia. Emolumentos como proposto.*

\*

*Recomenda-se, porém, à entidade fiscalizada, ao abrigo do disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alínea c) e n.º 4 da LOPTC que, em futuros procedimentos, quando aplicável, perante o disposto nos n.ºs 1 e 3 do Art.º 57.º do CCP, e a natureza taxativa da norma, se abstenha de excluir propostas, com fundamento na não apresentação de nota justificativa do preço proposto.*

## **II.2 FACTOS NÃO PROVADOS**

- 3 Não deixaram de ser provados quaisquer factos alegados.

## **II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO**

- 4 No que respeita à matéria de facto considerada provada baseou-se o respetivo juízo probatório na prova documental apresentada pelo requerente e nas deduções e inferências diretas retiradas pelo tribunal sobre os factos que se podem extrair daqueles elementos, incluindo da factualidade expressamente reconhecida pelo mesmo requerente.
- 5 Mais se refere que as entidades fiscalizadas estão sujeitas ao ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no Art.º 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), as instruções constantes

da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas<sup>1</sup>, aprovada ao abrigo do Art.º 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DFP e pelo TdC, com suporte no disposto pelo Art.º 81.º, n.º 1, da mesma LOPTC.

- 6 Isto sem detrimento dos deveres da entidade fiscalizada, dos poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, dos princípios da cooperação, boa-fé processual e dos demais critérios que se devem observar, face ao estipulado nos Art.ºs 5.º a 8.º, 414.º e 417.º, todos do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* Art.º 80.º da LOPTC, que, no seu conjunto e face à natureza do presente processo jurisdicional (fiscalização prévia), não contemplam a produção de diligências oficiosas de prova, não compreendendo também auditorias ou investigação do tribunal diretamente sobre documentos, ficheiros ou arquivos na posse daquela entidade.
- 7 Não se reconhecem factos não provados nas alegações e justificações apresentadas nestes autos.

### III FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

#### III.1 Estrutura da apreciação jurídica

- 8 A fiscalização prévia da 1.ª Secção do TdC constitui uma competência própria deste tribunal cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma previsão normativo-legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e outro âmbito objetivo (atos e contratos), ambos delimitadores, na sua integração, do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos Art.ºs 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 9 O contrato objeto deste processo deve ser qualificado como empreitada de obras públicas integrando o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos Art.ºs 2.º, n.º 1, alínea d), 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC.
- 10 Foi precedido, o mesmo contrato, de concurso público, no qual se previu a adjudicação sem divisão por lotes e se adotou o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade monofator (preço).
- 11 Nos demais termos contratuais, veio a entidade fiscalizada a adjudicar a empreitada ao ora cocontratante, colocando-se aqui as questões da eventual falta de fundamentação da decisão de

---

<sup>1</sup> Publicada no *Diário da República*, 2.ª série, de 4-5-2020, revista pelas Resoluções n.º 2/2020 e n.º 4/2020 e integralmente republicada no *DR*, 2.ª série, de 14-7-2020 e, na sua atual versão, no *DR*, 2.ª série, de 5-1-2021.

não divisão por lotes e da exclusão da proponente que apresentou o preço mais baixo, tal como suscitadas pelos relatórios do Departamento de Fiscalização Prévia (DFP).

- 12 Nesse conspecto, há que ponderar, assim, das seguintes questões jurídicas:
- 12.1 da suficiência ou falta de justificação da decisão de não divisão por lotes;
  - 12.2 da legalidade da exclusão da proponente que apresentou o preço mais baixo, por não junção da nota justificativa do preço; e
  - 12.3 dos efeitos da ilegalidade ou invalidade do contrato de empreitada no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.

### III.2 Da suficiência ou falta de justificação da decisão de não divisão por lotes

- 13 Como decorre dos pontos 2.2 e 2.3 da matéria de facto dada como provada, na deliberação de aprovação da abertura do procedimento concursal que está na origem do contrato aqui em apreço, o MA decidiu não dividir o contrato em lotes, fundamentando tal decisão do seguinte modo: *“com base na alínea a), do n.º 2, do Art.º 46.º-A do CCP, a decisão de não contratação por lotes deve-se ao facto de se tratar de trabalhos que não são tecnicamente separáveis, visto estarem interligados e resultarem numa execução única e global”*.
- 14 Dispõe o Art.º 46.º-A do CCP:

#### **Art.º 46.º-A**

##### **Adjudicação por lotes**

1 – *As entidades podem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes.*

2 – *Na formação de contratos públicos, de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135 000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500 000, a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada, constituindo fundamento, designadamente, as seguintes situações:*

*a) Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante;*

*b) Quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante.*

- 15 Esta norma foi introduzida no CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, em transposição da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos.
- 16 Nesta última, de acordo com o seu considerando 78, pretendeu adaptar-se os contratos públicos às necessidades das pequenas e médias empresas, prevendo-se que *“as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão”*, impondo-se à adjudicante a obrigação de *“considerar se convém dividir contratos em lotes, sem deixar de poder decidir livremente e de forma autónoma, com base em qualquer motivo que considere pertinente, e sem estar sujeita a controlo administrativo ou judicial. Sempre que a autoridade*

- adjudicante decida que não convém dividir o contrato em lotes, o relatório individual ou os documentos do concurso deverão conter uma indicação das principais razões para a sua escolha”.*
- 17 Nesse sentido, o Art.º 46.º, n.º 1 da Diretiva previa que *“as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o Art.º 84.º”.*
- 18 O facto de no considerando 78 da Diretiva se mencionar a ausência de *“controlo administrativo ou judicial”* não pode significar que a Administração fique livre de toda e qualquer apreciação judicial da sua atividade nesta matéria, como bem notam Miguel Assis Raimundo (*“Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos”, e-Pública*, Vol. 4. n.º 2, novembro de 2017, p. 38) e Pedro Costa Gonçalves (*Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 454), nomeadamente, como refere este último autor, *“por parte do Tribunal de Contas, que, para a concessão do visto prévio, vai poder verificar a razoabilidade dos argumentos que a entidade adjudicante enuncia para não adjudicar por lotes”.*
- 19 Tal verificação, aliás, já foi feita por este tribunal no Acórdão n.º 14/2020, 1.ª Secção – SS, de 03/03/2020, no qual, entre outros fundamentos, se considerou o procedimento ilegal por falta de fundamentação da decisão de não adjudicação por lotes (§§ 24 a 26).
- 20 Ora, sendo o contrato aqui em apreciação uma empreitada e tendo o concurso o valor de €2.475.500,00€, enquadra-se no âmbito de previsão da norma do n.º 2 do Art.º 46.º-A do CCP, acima transcrito – estava, pois, a entidade adjudicante obrigada a fundamentar a sua decisão de não adjudicação por lotes.
- 21 Como nota Pedro Costa Gonçalves (*Ob. e loc. cit.*), *“o Art.º 46.º-A não esclarece onde, nem em que momento, deve ser apresentada a fundamentação, no caso de não adjudicação por lote”;* contudo, como tal autor conclui, *“uma vez que pressupõe uma decisão de não contratar por lotes, a fundamentação deverá ser contemporânea da decisão de contratar”.*
- 22 Assim, era na deliberação de decisão de abertura do procedimento que estava a entidade adjudicante obrigada a expor a fundamentação daquela sua decisão.
- 23 De tal deliberação consta apenas, como se disse já, o seguinte: *“com base na alínea a), do n.º 2, do Art.º 46.º-A do CCP, a decisão de não contratação por lotes deve-se ao facto de se tratar de trabalhos que não são tecnicamente separáveis, visto estarem interligados e resultarem numa execução única e global”.*
- 24 A exigência de fundamentação da decisão de não divisão por lotes visa dar a conhecer o processo deliberativo da entidade adjudicante e publicitar as razões que levaram à adoção da decisão em causa.

- 25 Por esse motivo, não se pode considerar cumprida com a formulação de considerações vagas e genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso – é necessário que quem leia a fundamentação compreenda o porquê de naquele caso concreto ter a administração tomado tal decisão.
- 26 Ora, lida a fundamentação constante da decisão de contratar, da mesma não se extraem quais as especificidades da concreta empreitada aqui em apreço que tenham levado a entidade adjudicante a considerar ser inconveniente a divisão por lotes e, assim, afastar-se do regime que o n.º 2 do Art.º 46.º-A indica ser o preferencial para situações semelhantes.
- 27 Com efeito, dizer-se que se trata de *“trabalhos que não são tecnicamente separáveis, visto estarem interligados e resultarem numa execução única e global”* nada mais é do que repetir a hipótese da alínea a) do citado n.º 2, mas por palavras diferentes – não há nessa frase nenhuma conexão com qualquer característica específica desta obra em particular.
- 28 Só quando questionada por este tribunal, já na pendência do processo, veio a entidade adjudicante dizer que *“a antiga escola era constituída por dois edifícios separados, a EB e o JI. Com a execução desta empreitada, por questões de integração, de segurança e comodidade, mas também para maior integração dos alunos e rentabilização de espaços, pretende-se uma continuidade dos espaços. Assim, programaticamente foi definido, e no projeto foi concretizada a unificação física dos espaços construídos: um corpo de entrada, com o refeitório e outras atividades comuns à EB e ao JI, vai ligar os dois edifícios existentes, tornando-os num só, tornando-se inviável e inoperacional a separação dos trabalhos por lotes”* (ponto 2.14 da matéria de facto).
- 29 Esta fundamentação já permite compreender o que levou a entidade adjudicante a optar pela adjudicação em conjunto e não por lotes, estando devidamente justificada essa opção.
- 30 Sucede, porém, que deveria a mesma constar da decisão de contratar, como acima se disse, não bastando que tenha sido dada ao tribunal já após a adjudicação e celebração do contrato.
- 31 Se foram imperativos de promoção da concorrência que levaram o legislador a impor à entidade adjudicante a obrigação de ponderação da divisão por lotes nos contratos de empreitada superiores a determinado valor, foram correspondentes imperativos de transparência perante os operadores económicos no mercado que o levaram a impor-lhe a exteriorização do seu percurso deliberativo quando opte por o não fazer.
- 32 Por isso, não é suficiente que a entidade adjudicante se justifique *a posteriori* perante o tribunal; antes tem de o fazer *a priori*, perante os operadores económicos, o que necessariamente terá de fazer na decisão de contratar.
- 33 A insuficiente fundamentação da decisão de não contratação por lotes equivale neste caso concreto a uma total ausência de fundamentação, pois que se limitou a entidade adjudicante a replicar por palavras diferentes o teor da lei.
- 34 Violou, pois, a obrigação de fundamentação da decisão de contratar, imposta pelas disposições conjugadas dos Art.ºs 36.º, n.º 1 e 46.º-A, n.º 2, ambos do CCP.

### III.3 Da legalidade da exclusão da proponente que apresentou o preço mais baixo, por não junção da nota justificativa do preço;

35 A segunda questão sobre a qual o presente acórdão terá de se debruçar prende-se com a exclusão da proposta da concorrente *António Saraiva & Filhos, Lda.*, cujo valor (€2.258,300,00) era inferior ao da proponente à qual veio o contrato a ser adjudicado (€2.326.000,00).

36 Foi aquela concorrente excluída por não ter apresentado com a sua proposta a nota justificativa do preço, conforme exigido pela cláusula 10.<sup>a</sup>, n.º 1, alínea b), l., do Programa de Procedimento.

37 Como decorre do relatório preliminar elaborado pelo júri do concurso, a exclusão daquela proposta estribou-se no Art.º 146.º, n.º 2, alínea d) do CCP, ou seja, por não conter “*todos os documentos exigidos nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do Art.º 57.º*”.

38 A aludida cláusula 10.<sup>a</sup>, n.º 1, alínea b), l., do Programa de Procedimento previa que as propostas deveriam ser constituídas obrigatoriamente, além do mais, por “*documentos que contenham os atributos da proposta submetidos à concorrência, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar*”, sendo um deles uma “*declaração com indicação do preço contratual, elaborada de acordo com o Anexo II, acompanhada da respetiva nota justificativa*”.

39 O Art.º 56.º do CCP define proposta e atributo da proposta da seguinte forma:

#### **Art.º 56.º**

##### **Noção de proposta**

1 – *A proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo.*

2 – *Para efeitos do presente Código, entende-se por atributo da proposta qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos.*

40 Já no Art.º 57.º do CCP, o legislador estatui o seguinte:

#### **Art.º 57.º**

##### **Documentos da proposta**

1 - *A proposta é constituída pelos seguintes documentos:*

a) *Declaração do anexo I ao presente Código, do qual faz parte integrante;*

b) *Documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar;*

c) *Documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule;*

d) *(Revogada.)*

2 - *No caso de se tratar de procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, a proposta deve ainda ser constituída por:*

a) *Uma lista dos preços unitários de todas as espécies de trabalho previstas no projeto de execução;*

b) *Um plano de trabalhos, tal como definido no Art.º 361.º, quando o caderno de encargos seja integrado por um projeto de execução;*

c) *Um cronograma financeiro, quando o caderno de encargos seja integrado por um projeto de execução, contendo um resumo dos valores globais correspondentes à periodicidade definida para os pagamentos, subdividido pelas componentes da execução de trabalhos a que correspondam diferentes fórmulas de revisão de preços;*



*d) Um estudo prévio, nos casos previstos no n.º 3 do Art.º 43.º, competindo a elaboração do projeto de execução ao adjudicatário.*

*3 - Integram também a proposta quaisquer outros documentos que o concorrente apresente por os considerar indispensáveis para os efeitos do disposto na parte final da alínea b) do n.º 1.*

*4 - Os documentos referidos nos n.os 1 e 2 devem ser assinados pelo concorrente ou por representante que tenha poderes para o obrigar.*

*5 - Quando a proposta seja apresentada por um agrupamento concorrente, os documentos referidos no n.º 1 devem ser assinados pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à proposta os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros ou, não existindo representante comum, devem ser assinados por todos os seus membros ou respetivos representantes.*

*6 - Nos procedimentos com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, é apresentado, em substituição da declaração do anexo i do presente Código, o Documento Europeu Único de Contratação Pública*

- 41 O critério de adjudicação adotado no presente procedimento foi o previsto na alínea b) do n.º 1 do Art.º 74.º do CCP – proposta economicamente mais vantajosa na modalidade monofator (preço).
- 42 Ora, assim sendo, o documento que contém o atributo da proposta é o que contém o preço proposto pelo concorrente e não a nota justificativa que a entidade adjudicante decidiu também complementarmente exigir.
- 43 Com efeito, essa nota justificativa do preço não contém os atributos da proposta, pois é apenas um documento acessório, que acompanha a declaração com indicação do preço contratual, este sim, um atributo da proposta.
- 44 A própria redação do Programa de Procedimento isso mesmo indica – ali se prevê a junção de uma declaração com o preço, “acompanhada da respetiva nota justificativa”, ou seja, essencial é a declaração com o preço, sendo a nota justificativa um documento que deve “acompanhar” aquela.
- 45 Donde, a falta daquele documento não é subsumível à alínea a) do 2 do Art.º 70.º do CCP.
- 46 A nota justificativa também não se enquadra na alínea b) do n.º 1 do Art.º 57.º do CCP porquanto não é um documento que tenha sido exigido para comprovação de quaisquer “*termos ou condições relativas a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule;*”.
- 47 Daqui resulta que se trata de um documento que não se encontra relacionado com o elemento objetivo da proposta, ou seja, não se reporta às condições ou formas de execução (termos e condições) por que o concorrente se dispõe a contratar, pelo que também não é subsumível à alínea b) do n.º 2 do Art.º 70.º do CCP.
- 48 O júri justificou a exclusão do concorrente recorrendo à alínea d) do 2 do Art.º 146.º do CCP, ou seja, a falta de apresentação dos documentos exigidos nos n.ºs 1 e 2 do Art.º 57.º do CCP.
- 49 Ora, perante a natureza taxativa do Art.º 57.º do CCP, tem de se entender que a apresentação da nota justificativa do preço não se enquadra na previsão daquele preceito legal e, por isso, à falta de apresentação da mesma não se lhe aplica a alínea d) do 2 do Art.º 146.º do CCP.

- 50 Por ser assim, não estamos perante o incumprimento por parte do concorrente de uma qualquer formalidade essencial que devesse determinar a exclusão automática da sua proposta – esta continha todos os atributos, nomeadamente a declaração com o preço proposto.
- 51 Estamos, antes, perante o incumprimento de uma obrigação acessória exigida pelo Programa de Procedimento, cujo suprimento nada afetaria a igualdade de tratamento entre os concorrentes, pois todos os atributos e elementos essenciais das propostas eram já conhecidos, nomeadamente o preço proposto, que em nada poderia ser alterado pela junção posterior da nota justificativa em falta.
- 52 Assim sendo, importa chamar à análise do presente processo o disposto no Art.º 72.º, n.º 3 do CCP, que dispõe que *“o júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais e que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento”*.
- 53 A situação que aqui se nos apresenta é precisamente aquela prevista pelo legislador na hipótese da norma vinda de referir: perante uma proposta que continha todos os elementos essenciais (nomeadamente os atributos) e à qual faltava um documento não essencial, impedia sobre o júri o dever de lançar mão do mencionado Art.º 72.º, n.º 3, convidando a proponente a juntar o documento em falta.
- 54 Note-se que aqui não é sequer necessário entrar na análise da discussão jurisprudencial que tem sido levada a cabo neste Tribunal (TdC), em torno do mencionado Art.º 72.º, n.º 3, e dos contornos da casuística que lhe é aplicável, na devida atenção às especificidades dos respetivos casos (nas suas vertentes procedimentais e substantivas) – vejam-se, por todos, os acórdãos n.º 4/2022, 1.ª Secção – PL, de 25/01/2022, e n.º 26/2022, 1ª Secção – PL, de 27/09/2022. Partindo de pressupostos metodológicos idênticos, considere-se o Ac. do STA de 27/1/2022, processo n.º 0172/21.0BEBRG, que alertou para a abrangência deste conceito de formalidades não essenciais a que se reporta o n.º 3 do Art.º 72.º do CCP atendendo a que o mesmo é um conceito aberto que apela a ponderações casuísticas.
- 55 No caso aqui em apreço não há dúvidas quanto a estarmos perante uma formalidade não essencial, cujo suprimento em nada afetaria os princípios da intangibilidade das propostas, da igualdade de tratamento ou da transparência.
- 56 Sem que se perca a atenção de que qualquer causa de exclusão de uma proposta de um concorrente terá, obviamente, de se encontrar submetida a ponderados testes de necessidade e de proporcionalidade, constituindo este um dos polos centrais do direito da contratação pública.

Tudo deve confluir para uma justa medida entre a exigência do cumprimento das formalidades procedimentais e o alcance do respetivo suprimento.

- 57 Sendo verdadeira a aceção defendida amiúde que as condições a cumprir pelos concorrentes e determinadas pela entidade adjudicante, dirigidas a assegurar a plena satisfação dos interesses públicos a seu cargo, têm de ser concebidas na estrita medida do necessário, isto é, terão de responder a um escrutínio com o conteúdo normativo dos princípios da concorrência, da proporcionalidade e da boa fé. Cada causa de exclusão terá de responder a esses imperativos jurídico-públicos.
- 58 Não tendo o júri cumprido o dever que sobre si era imposto pelo citado Art.º 72.º, n.º 3, violou não apenas tal norma, mas também os Art.ºs 57.º e 146.º, n.º 2, todos do CCP, ilegalidades de que se concluir estar também afetado o contrato.

#### **III.4 Efeitos das ilegalidades do contrato de empreitada no processo de fiscalização prévia: recusa de visto**

- 59 Sendo o processo de fiscalização prévia, na sua própria finalidade, vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades (num sentido alargado) tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no Art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 60 No que toca à ilegalidade contratual verificada no ponto III.2 (falta de fundamentação da decisão de não adjudicação por lotes), não é evidente que possa ter tido uma influência direta no resultado financeiro do contrato.
- 61 Como se disse, a intenção do legislador ao impor a obrigação de fundamentação terá sido a de forçar a entidade adjudicante a ponderar mais seriamente a possibilidade de divisão por lotes, de modo a garantir o acesso de mais operadores económicos aos contratos públicos, ao mesmo tempo que se fomentava a transparência dos concursos.
- 62 Sem prejuízo dessa intenção que a falta de fundamentação verificada no caso que nos ocupa frustrou, o certo é que a fundamentação apresentada pela requerente destes autos para a não adjudicação por lotes é coerente e existiam motivos para que a adjudicação tenha ocorrido nos moldes em que aqui foi feita, pelo que não se vê que houvesse possibilidade de ter existido uma maior concorrência no procedimento que pudesse potencialmente levar a um resultado financeiro diferente.
- 63 Poderia esta ilegalidade eventualmente levar à concessão de visto com a formulação de uma recomendação para que no futuro a entidade requerente fundamentasse melhor a não divisão por lotes nas decisões de contratar, mas já não a uma recusa de visto que se estribasse apenas em tal fundamento.

- 64 Já a ilegalidade verificada no ponto III.3 - exclusão indevida de proponente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa - tem inegável influência no resultado financeiro final do contrato e ainda que aquela mesma proponente não tenha reclamado do seu afastamento e impugnado a subsequente adjudicação.
- 65 Assim, a violação de lei constatada, por incorreta exclusão da concorrente graduada em primeiro lugar e a adjudicação à concorrente graduada em lugar subsequente, consubstancia uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constitui, de *per si*, motivo de recusa de visto do respetivo contrato.
- 66 E como se expressou no Acórdão n.º 29/2019, deste Tribunal:
- “(…) para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve se ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de umnexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.
- Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea c) do citado Art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma aptidão ou de um perigo abstrato-concreto de impacto financeiro.
- Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?” - fim de citação, deste Ac. 29/2019, 1.ª S/SS, de 25/3; neste mesmo sentido os Acs. n.º 13/2018, 1.ª S/PL, de 10/7; 17/2020, 1.ª S/SS, de 25/3, 16/2021, 1.ª S/SS, de 29/6.
- 67 Segundo jurisprudência pacífica deste TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no Art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
- 68 A ponderação judicial prevista no n.º 4 do Art.º 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.”

- 69 É que, tal como no caso mencionado nesse aresto, também no caso sub judice se pode afirmar que o resultado financeiro do procedimento de formação do contrato seria outro caso não tivesse ocorrido a exclusão ilegal da proposta potencialmente vencedora.
- 70 Na verdade, a exclusão da proposta terá determinado a alteração do resultado financeiro do contrato – a adjudicação ao proponente excluído ter-se-ia traduzido numa poupança de € 67.700,00 ao erário público, no valor global de € 2.326.000,00.
- 71 Ao contrário da ponderação feita no processo de fiscalização prévia n.º 1101/2022 – em que era também requerente a entidade aqui fiscalizada (ponto 2.21 da matéria de facto) [ponderação de € 10.664,44 no valor global de € 1.059.399,45] – no caso aqui em apreço, face ao valor elevado em causa, não se pode considerar que os encargos com novo concurso e a demora no início da execução da obra, em caso de recusa, imponham e justifiquem a prolação de decisão de concessão de visto com recomendações.
- 72 Por outro lado, a argumentação da entidade fiscalizada no sentido da concessão de visto, com a alusão à necessidade de lançamento de novo procedimento concursal e ao agravamento do custo da empreitada devido ao contexto de agravamento da crise económica nacional e internacional, não resiste ao contraponto de que a equação jurídica aqui em presença leva em conta essa dimensão consequencial mas também o nível de lesão do interesse público aqui em questão, mesmo sabendo da finalidade do contrato em causa que se destina à remodelação de uma escola básica com diversas valências de expressiva sensibilidade social.
- 73 Mas também, por via dessa mesma realidade, impunha-se um acrescido cuidado no escrutínio legal e procedimental destes contratos que, para além da sua fundamentação, devem obedecer a escrupulosos critérios de eficiência e de eficácia, o que aqui não ficou demonstrado e que terá de justificar um procedimento mais rigoroso no lançamento de um novo concurso.
- 74 Sabendo que por via do mecanismo legal excecional e temporário no âmbito do aumento dos preços com impacto em contratos públicos (Decreto-Lei n.º 36/2022 de 20/5), também este contrato aqui em apreciação seria sujeito a uma revisão do preço, mantendo-se sempre o diferencial de valor acima clarificado como consequência da ilegal exclusão do proponente com proposta de valor mais competitivo.
- 75 Assim, pelo contrário, tendo consideração o valor envolvido e as demais circunstâncias deste caso, acima ponderadas, a ilegalidade apontada deve dar lugar a uma decisão de recusa de visto.
- 76 Em conclusão, a ilegalidade mencionada constitui fundamento para a recusa do visto nos termos da al. c) do n.º 3 do Art.º 44.º da LOPTC.

#### IV. DECISÃO

**Em face do exposto, decide-se:**

- Recusar o visto ao contrato de empreitada, objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.

\*\*\*

Fixam-se emolumentos legais, ao abrigo do Art.º 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5.

Registe e notifique.

Lisboa, 22 de novembro de 2022

Os Juízes Conselheiros,

---

Nuno Miguel P. R. Coelho – Relator

Participou na sessão e assinou digitalmente o acórdão

Alziro Antunes Cardoso - Adjunto

Participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente o acórdão

Miguel Pestana de Vasconcelos - Adjunto

Participou na sessão e votou favoravelmente a decisão do acórdão, tendo apresentado a declaração de voto que se segue no que respeita a um dos fundamentos dessa decisão

Declaração de voto

Acompanho a decisão, com fundamento na ilegalidade decorrente aplicação articulada do art. 57.º, com o art. 146.º, n.º 2 CCP e o preenchimento dos restantes requisitos do art. 44.º, n.º 3, al. c) LOPTC. Contudo, não acompanho a aplicação do art. 72.º, n.º 3 CCP, cujo âmbito de aplicação não está preenchido. Inexiste, assim, o dever de solicitar o suprimento por parte da entidade adjudicante, cujo incumprimento consistiria neste caso numa ilegalidade integrável no art. 44.º, n.º 3, al. c) LOPTC.

Pelo seguinte.

Sendo o elenco do art. 57.º CCP taxativo, está vedado à entidade adjudicante excluir o concorrente por deixar de apresentar na proposta um documento que aí não esteja incluído. A exclusão com esse fundamento é ilegal, por violar o art. 146.º, n.º 2 CCP.

Porém, entendo que é essa ilegalidade (e só) o fundamento para a recusa de visto nos termos do art. 44.º, n.º 3, al. c) LOPTC. Mas já não o art. 72.º, n.º 3 CCP, porque esta norma só se aplica a propostas que apresentem irregularidades (causadas pela preterição de formalidades não essenciais), cujo suprimento seja necessário para não serem excluídas (o que permite regularizá-las, isto é, “salvá-las”). Não podendo, pelas razões apresentadas, a falta desse documento levar à exclusão da proposta, ela, conseqüentemente, não apresenta, nos termos referidos, qualquer irregularidade. O que trava, por si só, a aplicação da norma.

Miguel Pestana de Vasconcelos

## SUMÁRIO

1. Sendo o contrato aqui em apreciação uma empreitada e tendo o concurso o valor de €2.475.500,00€, enquadra-se no âmbito de previsão da norma do n.º 2 do Art.º 46.º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), e estava, pois, a entidade adjudicante obrigada a fundamentar a sua decisão de não adjudicação por lotes na deliberação de decisão de abertura do procedimento.
2. A exigência de fundamentação da decisão de não divisão por lotes visa dar a conhecer o processo deliberativo da entidade adjudicante e publicitar as razões que levaram à adoção da decisão em causa.

3. Por esse motivo, não se pode considerar cumprida com a formulação de considerações vagas e genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso – é necessário que quem leia a fundamentação compreenda o porquê de naquele caso concreto ter a administração tomado tal decisão.
4. A nota justificativa do preço, conforme exigido pela cláusula 10.<sup>a</sup>, n.º 1, alínea b), l., do Programa de Procedimento, não continha os atributos da proposta, pois é apenas um documento acessório, que acompanha a declaração com indicação do preço contratual, este sim, um atributo da proposta.
5. Daqui resulta que se trata de um documento que não se encontra relacionado com o elemento objetivo da proposta, ou seja, não se reporta às condições ou formas de execução (termos e condições) por que o concorrente se dispõe a contratar, pelo que também não é subsumível à alínea b) do n.º 2 do Art.º 70.º do CCP.
6. Estamos, antes, perante o incumprimento de uma obrigação acessória exigida pelo Programa de Procedimento, cujo suprimento nada afetaria a igualdade de tratamento entre os concorrentes, pois todos os atributos e elementos essenciais das propostas eram já conhecidos, nomeadamente o preço proposto, que em nada poderia ser alterado pela junção posterior da nota justificativa em falta.
7. Perante uma proposta que continha todos os elementos essenciais (nomeadamente os atributos) e à qual faltava um documento não essencial, impedia sobre o júri o dever de lançar mão do Art.º 72.º, n.º 3, do CCP, convidando a proponente a juntar o documento em falta.
8. Não tendo o júri cumprido o dever que sobre si era imposto pelo citado Art.º 72.º, n.º 3, violou não apenas tal norma, mas também os Art.ºs 57.º e 146.º, n.º 2, todos do CCP, ilegalidades de que se concluir estar também afetado o contrato.
9. A preterição dos procedimentos pré-contratuais legalmente devidos, consubstancia uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado Art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), constitui, igualmente, motivo de recusa de visto dos referidos contratos.
10. Segundo jurisprudência pacífica deste Tribunal de Contas, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto neste preceito legal quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
11. Na mesma linha jurisprudencial a ponderação judicial prevista no n.º 4 do Art.º 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta)



e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.”

12. No que respeita à ilegalidade por falta de fundamentação da decisão de não adjudicação por lotes poderia a mesma levar, eventualmente, à concessão de visto com a formulação de uma recomendação para que no futuro a entidade requerente fundamentasse melhor a não divisão por lotes nas decisões de contratar, mas já não a uma recusa de visto que se estribasse apenas em tal fundamento.

13. Pelo contrário, no que concerne à ilegalidade por exclusão indevida de proponente que tenha apresentado proposta economicamente mais vantajosa, face ao valor financeiro em causa e às demais circunstâncias acima valorizadas, podemos concluir que o resultado financeiro do procedimento de formação do contrato, nesta situação, seria outro caso não tivesse ocorrido a exclusão ilegal da proposta potencialmente vencedora.