



ACÓRDÃO Nº 20/2002-abr.30-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 9/02

(Processo nº 3824/2001)

ACÓRDÃO

A Câmara Municipal de Silves submeteu oportunamente à fiscalização prévia deste Tribunal o contrato de empreitada celebrado em 20 de Setembro de 2001 com a empresa “CME – Construção e Manutenção Electromecânica, S.A.” e referente a “Reabilitação do Antigo Matadouro Municipal” pelo valor de 96 000 000\$00 (s/IVA).

Pelo Acórdão nº 1/02, tirado em subsecção da 1ª Secção em 8 de Janeiro de 2002, foi o visto recusado ao referido contrato, por ali se ter considerado como ilegal a exclusão da concorrente “MARCEL, Lda.”, a qual apresentara uma proposta base no valor de 88 044 331\$00 com o prazo de execução de 8 meses.

A autarquia havia considerado que a alteração do prazo de execução apenas poderia ser feita em proposta condicionada, mas, no referido Acórdão,



Tribunal de Contas

considerou-se que estava vedada a apresentação de propostas condicionadas sobre o prazo.

Entendeu-se ainda que um declaratório normal interpretaria os documentos que presidiram ao concurso em termos de que, não sendo admissíveis propostas condicionadas, a apresentação de um prazo mais curto “haveria de ser feita mediante redução do prazo na proposta base”.

Por outro lado, se a situação não era clara como a autarquia considerava, dever-se-ia ter optado por um de dois caminhos, fosse o de excluir a referida proposta e também uma proposta condicionada de outro concorrente fosse o de admitir todas as propostas apresentadas, sendo que esta solução favorecia o princípio da concorrência.

A decisão recorrida considerou também ser inaceitável e violador do princípio da igualdade a exclusão de um concorrente com o fundamento de que a redução do prazo só poderia ser feita mediante a apresentação de propostas condicionadas sendo certo que, por outro lado, havia admitido um outro concorrente que a apresentou quando tal não era permitido.

Considerou-se ainda, na decisão recorrida, que, apresentando a proposta do concorrente MARCEL um preço mais baixo que a proposta que foi alvo de adjudicação, a ilegalidade interferiu no resultado financeiro do contrato, com o que



Tribunal de Contas

se alcançou o fundamento de recusa de visto previsto na alínea c) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

É deste aresto que vem agora interposto o recurso sub judice no qual se pede a sua revogação ou, ao menos, a concessão do visto com utilização da faculdade prevista no nº 4 do artº 44º e em que se invocam as razões que se condensam nas respectivas conclusões:

“

- 1 . O ponto 9.1. do Programa do Concurso para a adjudicação da empreitada de reabilitação do antigo matadouro municipal de Silves determinava a não admissibilidade de propostas que envolvessem a alteração das cláusulas gerais do caderno de encargos.

- 2 . No entanto, tendo em conta tanto a epígrafe da disposição (“proposta condicionada”) como o seu próprio conteúdo (relativo às cláusulas gerais do Caderno de Encargos), aquilo que inequivocamente decorre é apenas a exclusão de admissibilidade de apresentação de propostas condicionadas que alterassem as condições **gerais** do caderno de encargos.

- 3 . O ponto 13.10.1. das cláusulas especiais do Caderno de Encargos fixava como sendo de 10 meses o prazo de execução dos



trabalhos, admitindo que outro mais curto fosse indicado mediante proposta apresentada no acto do concurso.

- 4 . Ora, por expressa determinação do art. 77.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, as propostas que alterem as condições do Caderno de Encargos – sejam gerais ou especiais – são necessariamente propostas condicionadas.
- 5 . A interpretação segundo a qual a proposta que modificasse o prazo de execução da obra previsto nas **condições especiais** do Caderno de Encargos deveria ser uma proposta condicionada a apresentar em cumulação com a proposta-base é a única que se harmoniza com o art. 77.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e é perfeitamente compatível com o conteúdo dispositivo do ponto 9.1. do Programa do Concurso, que só proíbe a apresentação de propostas modificativas das **condições gerais** do Caderno de Encargos.
- 6 . É também a única interpretação correcta para um declaratório normal que utilize as regras pertinentes da interpretação jurídica.
- 7 . É ainda a única que respeita o princípio da igualdade, já que só através da exigência da apresentação de propostas-base igualmente respeitadoras do Caderno de Encargos será possível



ponderar em condições equitativas as várias propostas apresentadas, no caso de se vir a considerar que as eventuais propostas condicionadas não se mostram adequadas à prossecução dos interesses públicos envolvidos.

8 . Assim, e quanto à proposta apresentada pela concorrente Marcel, Ld.^a, ou se considera tratar-se de uma proposta condicionada não acompanhada de proposta-base, ou se considera – como a Comissão de Abertura de Propostas sustentou – que se trata de uma proposta-base modificativa do prazo previsto nas condições especiais do Caderno de Encargos.

9 . Em qualquer caso se imporia a rejeição da proposta em causa: no primeiro caso porque, nos termos do artigo 77.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, a apresentação de propostas condicionadas é sempre *sem prejuízo da apresentação da proposta base*; no segundo caso, porque a proposta em causa não revestiria a característica de uma proposta condicionada, como impõe o mesmo artigo 77.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

10 .A interpretação propugnada pelo douto acórdão recorrido – segundo a qual o Ponto 9.1. do Programa do Concurso e o Ponto 13.10.1. das condições especiais do Caderno de Encargos imporiam que as modificações do prazo de execução constassem



Tribunal de Contas

da própria proposta-base – é ilegal, na medida em que o artigo 77.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março impõe claramente que as propostas modificativas das condições – gerais ou especiais – do Caderno de Encargos sejam feitas em proposta condicionada.

11 .Por este motivo, não existe no âmbito do concurso *sub judicio* qualquer violação, quer da lei, quer das disposições previamente fixadas no Programa do Concurso.

12 .Também não se verifica qualquer violação do princípio da igualdade; pelo contrário, na medida em que implicariam o tratamento igual de situações materialmente desiguais, as alternativas de execução preconizadas pelo douto acórdão recorrido – rejeição simultânea das propostas da Marcel, Ld.^a e da CME, S.A. ou admissão de todas as propostas – é que implicariam um tratamento inegalitário dos concorrentes, para além de implicarem a violação de disposições legais e do Programa de Concurso.

13 .Não se verificou, portanto, qualquer ilegalidade no âmbito do procedimento concursal *sub judice*, não sendo portanto, legalmente admissível a recusa de emissão de visto com base no art. 44.º, n.º 3, c) da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.



14. Contudo, ainda que se considerasse ter sido cometida uma ilegalidade, julga-se que, dada a inegável complexidade interpretativa da matéria e a unanimidade da jurisprudência do STA no sentido decisório posto em crise pelo douto acórdão recorrido, sempre deveria esse Alto Tribunal usar a faculdade prevista no artigo 44.º, n.º 4 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, concedendo o visto negado pelo acórdão recorrido.”

Admitido o recurso, sobre ele se pronunciou o Exmº Procurador-Geral Adjunto, em circunstanciado parecer, nele se concluindo pela improcedência do recurso.

A matéria de facto relevante para a decisão é a seguinte:

1. Através de concurso público foi lançada à concorrência a obra “Reabilitação do Antigo Matadouro Municipal”;
2. Estava consagrado no respectivo Programa (18.3) e foi publicitado no anúncio (13.3), o seguinte:

“As propostas dos concorrentes qualificados serão analisadas pela comissão de análise em função do critério de adjudicação – proposta economicamente mais vantajosa – implicando a ponderação dos



seguintes factores, por ordem decrescente de importância:

- Preço (80%)
- Prazo de execução (20%);

3. Mais se consagrou nas “cláusulas especiais” do caderno de encargos (13.10.1), sob a epígrafe “Prazo global” que os trabalhos da empreitada deveriam ser executados “no prazo de dez meses, se outro mais curto não for indicado na proposta apresentada no acto de concurso”;

4. No nº 4 do Anúncio escreveu-se o seguinte:

“Prazo de execução da obra – o prazo de execução da obra será de 10 meses, contado a partir da data da consignação dos trabalhos, incluindo sábados, domingos e feriados”;

5. Por seu turno, o ponto 9.1 do Programa, sob a epígrafe “Proposta condicionada” determinava-se: “Não é admitida a apresentação de propostas que envolvam alterações das cláusulas gerais do caderno de encargos”;

6. No caderno de encargos, nas “cláusulas gerais” (5.1.1.), diz-se que “os trabalhos da empreitada (...) deverão (...) ser



Tribunal de Contas

executados dentro dos prazos globais e parcelares estabelecidos neste caderno de encargos”;

7. Extrai-se ainda destas “cláusulas gerais” a impossibilidade da existência de prémios por antecipação do término da obra (5.4) os quais, no entanto, são já admitidos, em hipótese, em 14.16 das “cláusulas especiais”, agora chamadas (cfr. epígrafe ao nº 14.1) “cláusulas complementares”;

8. Ainda no caderno de encargos, mas agora em denominadas “cláusulas técnicas especiais” (1.3.1.) diz-se que o prazo de execução da empreitada é de 10 meses a contar da data da consignação;

9. Apresentaram-se a concurso três concorrentes, com as seguintes propostas:

a) CME, Construção e Manutenção Electromecânica, S.A.:

- proposta base – 96 000 000\$00 – prazo de execução de 10 meses;
- proposta condicionada – 96 000 000\$00 – prazo de execução de 8 meses;

b) MARCEL, Lda.



- proposta base – 88 044 331\$00 – prazo de execução de 8 meses;

c) Artur, Barão & Filhos, Lda.

- Proposta base – 116 646 773\$00 – prazo de execução de 10 meses;

10. Na acta do acto público levado a efeito em 7/5/2001 dá-se conta de que se deliberou “admitir todas as propostas excepto o concorrente MARCEL, Lda., por não cumprir o ponto 4 do Anúncio do Concurso (...)”; e no “Relatório de Análise de Propostas” ficou expresso o seguinte: “O concorrente MARCEL não foi admitido por apresentar um prazo de execução diverso do definido no anúncio sem que para tal tenha apresentado proposta condicionada”;

11. A adjudicação veio a recair na proposta condicionada apresentada pela empresa “CME, Construção e Manutenção Electromecânica, S.A.”, supra mencionada;



Tribunal de Contas

Antes de abordar directamente as questões suscitadas no recurso convirá lembrar que o concurso público é o procedimento pré-contratual por excelência para a realização da concorrência.

Assim resulta do próprio senso comum em termos do qual resulta a ideia de que, quanto maior for a competição, melhores resultados se poderão obter.

Mas também o Direito não têm deixado de encarecer a importância da concorrência.

A concorrência é como se sabe, um dos objectivos nucleares do sistema jurídico que enforma a União Europeia.

E, no direito interno, a ideia de concorrência, para além de estar presente em toda a legislação concursal, é evocada num dos artigos preâmbulares da legislação da contratação pública, de resto aplicável às empreitadas (cfr. artº 14º do Dec-Lei nº 197/99 e artº 4º, nº 1, do mesmo diploma).

Como observam M. E. Oliveira e R. E. Oliveira (“Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, pág. 100) o princípio da concorrência é a “verdadeira trave-mestra dos procedimentos concursais”; é a ela (concorrência) “que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento”.



Tribunal de Contas

Por seu turno, Margarida O. Cabral (“O Concurso Público Nos Contratos Administrativos”, pág. 19) diz, além do mais:

“Recorrer a um concurso para a celebração de um contrato significa assim, antes de mais, apelar à concorrência”. E, em outro ponto (pág. 111), observa que “ao suscitar a concorrência, a Administração maximiza as possibilidades de encontrar um bom contratante”.

Para além de outras consequências, esta função nuclear dos procedimentos concursais deve inspirar o intérprete no sentido do favorecimento da concorrência.

Por outro lado, devemos ter por assente que o conjunto de regras que, na decorrência da lei, são inscritas nos documentos concursais, nomeadamente as que auto-vinculam a Administração, hão-de constituir um todo com um mínimo de harmonia e coerência em ordem à consecução dos objectivos do concurso e, necessariamente, o da realização da concorrência.

As exigências legais, por um lado, e o conjunto de preceitos que devem obrigatoriamente ser inscritos no caderno de encargos e no programa do concurso, por outro, visam realizar aqueles objectivos e não são simples maços de papel destinados a satisfazer caprichos mesquinhos do legislador, como à primeira vista se pode pensar quando desprevenidamente se observam processos em que as diferentes peças parecem ter proveniências diversas, sem que ninguém tenha tido o cuidado de harmonizá-las.



Tribunal de Contas

Ora, no pressuposto – que é incontornável – de que este concurso, como todos, visa, além do mais, o exercício da concorrência, dir-se-á que a Administração se auto-vinculou, no presente procedimento, a achar a proposta economicamente mais vantajosa, com apelo a dois factores que se obrigou a ponderar: o preço e o prazo.

E por muito que possa argumentar-se com as próprias contradições textuais dos documentos do concurso e com os preceitos legais aplicáveis, a verdade é que o prazo de execução da obra era, inequivocamente, um dos critérios em torno do qual haveria de estabelecer-se a concorrência.

E, neste contexto, o que pode retirar-se das peças concursais é que não poderia oferecer-se um prazo de execução superior a 10 meses.

Mas não pode extrair-se que era interdito oferecer um prazo menor – ou que tal prazo menor devesse constar de proposta condicionada – porque isso seria totalmente contraditório com os próprios termos de referência do concurso que, manifestamente, quis que se exercitasse a concorrência sobre o prazo.

Sem esquecer que, por outro lado, a fixação do prazo de execução como critério de apuramento da proposta economicamente mais vantajosa é perfeitamente conforme com a lei, como expressamente resulta do disposto no artº 105º, nº 1, do Dec-Lei nº 59/99, de 2 de Março.



Tribunal de Contas

Nada em contrário desta interpretação pode resultar, nem mesmo da mais rebuscada das articulações entre as várias referências a prazos existentes nos documentos concursais.

Pois, se era intenção do dono da obra que a concorrência se concentrasse no prazo de execução da obra – para além do respectivo preço – obviamente que era na proposta-base que os concorrentes podiam – e deviam ... – explicitar qual era o prazo em que seriam capazes de a realizar.

Afigura-se-nos até, salvo melhor opinião, que, tratando-se de apreciar se a exclusão do concorrente MARCEL foi ou não ilegal, não haveria que trilhar os caminhos de saber se eram ou não permitidas as propostas condicionadas, sobretudo se tivermos em conta, como bem observa o Exmo Procurador-Geral Adjunto, que tanto há referências a prazos de execução da obra nas cláusulas gerais como nas cláusulas especiais, como se viu, pelo que o alcance da proibição em matéria de propostas condicionadas sempre seria bastante problemático.

Convém recordar, de resto, que na acta do acto público do concurso (de 7.5.2001) se exarou ter sido deliberado “admitir todas as propostas, excepto o concorrente Marcel, Lda., por não cumprir o ponto 4 do Anúncio do concurso”. E só em outro documento, que, de resto, se não afigura apto a relatar aquele acto (“relatório de qualificação dos concorrentes”), é que se deixou exarado algo de diferente: “Findo o acto público do concurso, a Comissão deliberou que todos os concorrentes se encontravam habilitados, excepto o concorrente Marcel Lda., não



Tribunal de Contas

admitido por apresentar um prazo de execução diverso do definido no anúncio sem que para tal tenha apresentado proposta condicionada”.

Como já se deixou dito, não faria sentido elencar o prazo como um dos critérios de adjudicação – estimulando, portanto, a apresentação de propostas com prazo de execução mais curto – e, depois, rejeitá-las com o fundamento de que deviam ser acompanhadas de propostas que previssem o prazo máximo.

E também não é razoável – nos termos em que foi lançado o presente concurso – exigir que todos apresentassem uma proposta com o mesmo prazo para as tornar comparáveis. Em caricatura poder-se-ia mesmo dizer que, para as tornar absolutamente comparáveis, só faltaria obrigar os concorrentes a apresentar propostas com o mesmo preço...

Daqui resultaram, sem qualquer dúvida, violações aos princípios da igualdade e da concorrência, na formulação que deles é feita nos art^{os} 9º e 10º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, e cuja aplicação resulta, para as empreitadas, do disposto na alínea a) do nº 1 do artº 4º do mesmo diploma.

Dessas violações resultou, como se assinalou no acórdão recorrido, um agravamento do resultado financeiro do contrato que constitui fundamento para a



Tribunal de Contas

recusa de visto nos termos da alínea a) do artº 44º da Lei nº 98/97, recusa esta que agora se confirma negando-se provimento ao recurso.

No recurso ora em análise vem requerida – para o caso de se verificar, como é o caso, ilegalidade – a adopção da faculdade prevista no artº 44º, nº 4, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, concedendo o visto com recomendações.

Não se afigura, no entanto, adequada a adopção de tal providência porquanto ocorreu no caso grave violação dos princípios da igualdade e da concorrência, da qual resultou a escolha de uma proposta que, apresentando o mesmo prazo de execução da proposta excluída, ofereceu um preço que lhe era significativamente superior, pelo que vai também indeferido, nesta parte, o pedido.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.

Lisboa, 30 de Abril de 2002.

(RELATOR: Cons. Lídio de Magalhães)

(Cons. Pinto de Almeida)



Tribunal de Contas

(Cons. Marques Ferreira)

(O Procurador-Geral Adjunto)