



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N°41 /03 – Jul.15 – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 31/2002

(Processo n° 92/01 - SRMTC)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. No procedimento conducente à realização de uma empreitada é à entidade pública, enquanto dono da obra, que cabe a fixação e publicitação dos critérios adjudicatórios;
2. Depois de fixados e publicitados o dono da obra fica a eles vinculado;
3. A adjudicação de uma empreitada com desrespeito dos critérios previamente fixados e publicitados equivale a uma adjudicação por ajuste directo.

Lisboa, 15 de Julho de 2003.



ACÓRDÃO N.º 41 /03 – Jul.15 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 31/2002

(Processo n.º 92/01 -SRMTC)

ACÓRDÃO

1. Em sessão diária de visto de 15 de Janeiro de 2002, na Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, foi recusado o visto ao contrato da empreitada de **“Concepção/Construção de 60 fogos no Pico das Romeiras - II”** celebrado entre o **Instituto de Habitação da Madeira (IHM)** e a empresa **Alberto Martins de Mesquita & Filhos, Lda.** pelo valor de **730 000 000\$00** (3.641.224,65 €), acrescido de IVA.

A recusa do visto foi decidida ao abrigo das als. a) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

2. Não se conformando com o decidido, o Excelentíssimo Senhor Presidente do IHM recorreu da mencionada decisão pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.

Para tanto e nos termos dos art.ºs 96.º, 97.º e 109.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC), apresentou em 15 de Novembro de 2002 na Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas o



Tribunal de Contas

respectivo requerimento, processado de fls. 6 a 16 dos autos, onde formula as seguintes conclusões:

“1. As questões essenciais que conduziram à recusa do visto devem ter-se por adequadamente compaginadas com um elemento no caso absolutamente decisivo e que transmuda ou inova a modalidade do concurso — por negociação.

2. Com base nesta modalidade de concurso, passou a ser cometido legalmente ao IHM, enquanto entidade adjudicante, maior autonomia e liberdade na análise e decisão quanto às novas propostas

3. Propostas essas que deveriam sujeitar-se a um critério claramente prevalente e que motivou uma alteração implícita dos demais critérios, no âmbito no que pode e deve admitir-se na “negociação”.

4. O menor preço ou a proposta economicamente mais vantajosa — passou a ser com o conhecimento de todos os concorrentes, elemento ou condição fundamental, para a matéria ora em apreço e que legitimou a decisão de adjudicar.

5. Não existiu pois violação a princípios ou normais legais, sendo inequívoco o pleno conhecimento de todos os interessados do critério essencial que presidiu e justificou o recurso à modalidade do concurso por negociação — o mais baixo preço”.

3. Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 109.º antes citado, o Excelentíssimo Juiz Conselheiro daquela Secção Regional lavrou o Despacho n.º 108/FP/2002, de 27 de Novembro, processado a fls. 3 dos autos, através do qual admite o Recurso e ordena a sua remessa a este Tribunal.



4. O Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto pronunciou-se, em douto parecer processado de fls. 44 a 47 dos autos, pela improcedência do recurso por entender que *“o recorrente não contraria os fundamentos de facto e de direito da decisão recorrida”*.

Acrescentando, ainda:

“Na verdade, apenas se pretende que tendo o contrato resultado de uma negociação particular caberia ao dono da obra, em concreto, ir apreciando os factores que mais lhe conviessem.

Não obstante, sempre se foi reconhecendo que os outros factores que antes haviam sido publicitados como determinantes para a escolha da proposta se mantinham.

Ora, nesta lógica, eles só se podiam manter porque, precisamente, haviam sido publicitados como determinantes para o processo de selecção.

Por isso, e devido ao necessário respeito ao princípio da igualdade entre os concorrentes, sempre haveria que respeitar o critério antes estabelecido ou, previamente publicitar outro.

Isto, sob pena de fazer incorrer os concorrentes em erro fundamental quanto aos pressupostos a que deveria obedecer a sua proposta.

Neste sentido parece tornar-se incongruente a argumentação do recorrente e dela só pode resultar — como se sustenta na decisão recorrida — ou o vício de falta de fundamentação e/ou o que deriva da inversão ou alteração não previamente publicitadas da importância relativa dos critérios de adjudicação antes anunciados.

E, não se diga que, afinal, esta alteração não implicava a alteração do resultado financeiro do concurso. Este aspecto não pode, com efeito, cingir-se à determinação da proposta mais barata em termos de preço absoluto. Antes implica uma análise concreta da relação entre o preço e a qualidade e características da obra”.



5. Corridos os demais vistos legais cumpre apreciar e decidir.

5.1. Os Factos

A matéria de facto dada como provada na Decisão recorrida não foi posta em causa pelo recorrente. Importa, no entanto, recordá-la.

- Por anúncio publicado no Diário da República, III série, de 6 de Janeiro de 1998 e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, o IHM lançou concurso público para a realização da empreitada, sob a modalidade concepção/construção, de 60 fogos no Pico das Romeiras II;
- No ponto 13 do referido anúncio fixam-se como critérios de apreciação das propostas, os seguintes:
 - ✓ Qualidade do projecto – 50%;
 - ✓ Preço mais baixo – 30%;
 - ✓ Prazo mais curto – 10%
 - ✓ Garantias de capacidade técnica e financeira – 10%;
- A empreitada foi lançada em regime de preço global, sem fixação de preço base e com um prazo indicativo de execução de nove meses;
- Concorreram e foram admitidas seis empresas, cujas propostas, base e variantes, apresentavam os seguintes preços:
 - Alberto Martins, Mesquita & Filhos, Ld.a (proposta base) - 775.018.809\$00
 - Alberto Martins, Mesquita & Filhos, Ld.a (proposta variante) - 779.918.809\$00
 - Engil, Sociedade de Construção Civil, S.A. (proposta base) - 796.822.876\$00
 - Engil, Sociedade de Construção Civil, S.A. (proposta variante)- 841.878.429\$00
 - Sociedade de Construções Soares da Costa, S.A. - 969.991.386\$00
 - Soconstroi - 812.952.000\$00
 - Sousa & Filhos, Ld.a (proposta base) - 845.037.669\$00
 - Sousa & Filhos, Ld.a (proposta variante) - 1.027.096.922\$00
 - Teixeira Duarte, S.A. - 820.749.864\$00;



Tribunal de Contas

- Apreciadas as propostas segundo os critérios previamente fixados, ficaram as mesmas assim graduadas (Relatório de Análise das Propostas, de 20 de Maio de 1998):
 - 1ª - Teixeira Duarte, S.A. - 820.749.864\$00;
 - 2ª - Soconstroi - 812.952.000\$00
 - 3ª- Engil, Sociedade de Construção Civil, S.A. (proposta variante)- 841.878.429\$00
 - 4ª - Alberto Martins, Mesquita & Filhos, Ld.a (proposta base) - 775.018.809\$00
 - 5ª- Engil, Sociedade de Construção Civil, S.A. (proposta base) - 796.822.876\$00
 - 6ª- Alberto Martins, Mesquita & Filhos, Ld.a (proposta variante) - 779.918.809\$00
 - 7ª - Sousa & Filhos, Ld.a (proposta base) - 845.037.669\$00
 - 8ª - Sousa & Filhos, Ld.a (proposta variante) - 1.027.096.922\$00
 - 9ª - Sociedade de Construções Soares da Costa, S.A. - 969.991.386\$00
- Pelo que a Comissão de Análise propôs a adjudicação da empreitada à empresa Teixeira Duarte, S.A..
- Por deliberação de 3 de Fevereiro de 2000, o Conselho Directivo do IHM, decidiu não adjudicar a empreitada por considerar todas as propostas *“inaceitáveis atendendo aos preços das mesmas”* que *“já na altura em que foram propostos excediam de uma forma mais do que manifesta aqueles que seriam justificados tendo em conta as regras de construção a custos controlados, definidos na Portaria nº 500/97... de 21 de Julho”* e recorrer *“à forma de concurso por negociação para continuação do mesmo procedimento”*;
- Esta deliberação foi ratificada pelo Conselho de Governo (Resolução nº 234/2000);
- Consequentemente, por ofícios de 8 de Junho de 2000, os seis concorrentes admitidos ao concurso público foram convidados a elaborar novas propostas de preço, estabelecendo ainda o IHM que, no procedimento por negociação, se



Tribunal de Contas

mantinham “*inalteráveis as condições previstas no Caderno de Encargos*”, devendo as novas propostas consistir apenas “*na apresentação de novos preços para a execução da obra*”; deixava, também, expresso que “*a adjudicação das propostas será feita ao concorrente que obtiver melhor classificação atendendo ao novo preço apresentado e negociado e aos critérios de apreciação das propostas constantes no ponto 13 do anúncio que serviu de base ao lançamento desta empreitada*”.

- Ao convite responderam os seis concorrentes com propostas que, após negociação, se fixaram nos seguintes valores:

Alberto Martins, Mesquita & Filhos, Ld.a (proposta base) - 730.000.000\$00

Alberto Martins, Mesquita & Filhos, Ld.a (proposta variante) - 735.000.000\$00

Engil, Sociedade de Construção Civil, S.A. (proposta base) - 790.000.000\$00

Engil, Sociedade de Construção Civil, S.A. (proposta variante)- 805.000.000\$00

Sociedade de Construções Soares da Costa, S.A. - 967.000.000\$00

Soconstroi - 803.197.000\$00

Sousa & Filhos, Ld.a (proposta base) - 845.037.669\$00

Sousa & Filhos, Ld.a (proposta variante) - 1.027.096.922\$00

Teixeira Duarte, S.A. - 795.086.855\$00;

- A Comissão de Análise, atento o teor do ofício convite, avaliou as novas Propostas dando apenas relevo aos novos preços, mantendo as pontuações atribuídas em sede de concurso aos demais factores;
- Em conclusão voltou a graduar a proposta da Teixeira Duarte em primeiro lugar e propôs que a adjudicação lhe fosse feita (cfr. relatório de 7 de Julho de 2000);
- Porém, por deliberação de 9 de Novembro de 2000 o Conselho Directivo do IHM decidiu adjudicar a empreitada à empresa Alberto Martins, Mesquita & Filhos, Lda, na versão proposta base, pela importância de 730.000.000\$00, proposta que havia sido graduada em quarto lugar pela Comissão de Análise;
- Fundamentou assim a sua decisão: “*o equilíbrio global das propostas, no âmbito do concurso público e do conseqüente concurso por negociação e as*



condições de apreciação dos mesmos, nomeadamente os respectivos critérios de análise, não sustenta que se adjudique a uma proposta cujo preço global é em muito superior (cerca de nove por cento) à proposta economicamente mais vantajosa”, valor esse que “torna-se ainda mais relevante, quando se trata de um universo de sessenta fogos pelo que estamos a falar de um custo acrescido de mil e oitenta e cinco contos por fogo, o que é manifestamente excessivo”

- Esta decisão, convolada em decisão final por deliberação de 4 de Janeiro de 2001, foi confirmada pelo Conselho de Governo através da resolução nº 57/2001, de 19 de Janeiro;
- Ao contrato em questão foi recusado o visto pela Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas em 15 de Janeiro de 2002 (Decisão nº 1/FP/2002);
- Porém, só em 28 de Outubro do mesmo ano de 2002 foi feita a respectiva notificação ao Conselho Directivo do IHM;
- A consignação da empreitada teve lugar em 6 de Agosto de 2001 e a recepção provisória ocorreu em 7 de Novembro de 2002, estando, portanto, concluída desde esta data.

5.2. Apreciando

O que, essencialmente, está em discussão nos presentes autos é a legalidade da adjudicação da empreitada a um concorrente cuja proposta, à luz dos critérios e respectiva ponderação previamente estabelecidos, fora graduada tanto no concurso público como no concurso por negociação em quarto lugar, apenas com o argumento de que esta era a proposta economicamente mais vantajosa.

Recorde-se que para a concepção e realização da empreitada em causa o IHM abriu, primeiro, concurso público onde fixou critérios de apreciação das propostas (qualidade do projecto – 50%; preço mais baixo – 30%; prazo mais curto – 10%; e garantias de capacidade técnica e financeira – 10%), critérios e ponderações que



Tribunal de Contas

manteve no concurso por negociação, como fez questão de salientar no ofício convite que dirigiu aos concorrentes.

De acordo com a melhor doutrina o concurso público encerra uma dupla natureza jurídica: a de proposta contratual e a de convite a contratar. Por todos, Marcelo Rebelo de Sousa, in "*O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*", escreve a páginas 45 que "*a abertura do concurso público representa simultaneamente uma proposta contratual e um convite a contratar*". E logo adiante, depois de precisar que a abertura do concurso público compreende o anúncio, o programa do concurso e o caderno de encargos, volta a escrever: "*a abertura do concurso público contém duas realidades jurídicas autónomas, embora entre si ligadas*."

Uma é uma proposta contratual dirigida ao público (ou oferta ao público) abrangendo as regras processuais a que obedece o concurso público.

(..)

Simultaneamente com uma proposta contratual da espécie oferta ao público contém a abertura do concurso um convite a contratar concernente ao contrato administrativo final".

O que acaba de se referir é igualmente válido para o concurso por negociação.

Assim sendo, necessário se torna que as condições e regras em que a administração (o dono da obra) se propõe contratar sejam dadas a conhecer àqueles a quem se dirige o convite para contratar, em nome e obediência aos princípios essenciais da legalidade, igualdade, boa fé, transparência e concorrência, sempre subjacentes à contratação pública. Associado a estes e em estreita ligação com o princípio da publicidade está o princípio da estabilidade (Cfr. artºs 7º a 15º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho).

Daqui resulta, em primeiro lugar, que cabe à Administração, na sua qualidade de dono da obra, fixar as regras com que se propõe contratar e, em segundo, que depois de fixadas e publicitadas fica a elas vinculada.



Ora, no caso em apreço, o que sucedeu foi que o IHM se desvinculou dos critérios que previamente fixou e publicitou (primeiro através do anúncio de abertura do concurso público e depois nos ofícios convite) para efeitos de adjudicação. Fez saber aos concorrentes que a relevância maior seria dada à qualidade do projecto (50%) e depois, quando da decisão adjudicatória, apenas relevou o factor preço (cuja ponderação percentual era de apenas 30%) escolhendo a proposta de menor valor.

Além de que não são de aceitar as razões invocadas pelo IHM ao longo do procedimento para não proceder à adjudicação à proposta graduada em primeiro lugar pela Comissão de Análise. Os argumentos invocados em sede de concurso (as propostas eram inaceitáveis atendendo aos preços das mesmas que excediam manifestamente aqueles que seriam justificados tendo em conta as regras de construção a custos controlados, definidos na Portaria nº 500/97... de 21 de Julho) porque, neste não se fez qualquer referência à invocada Portaria nem, tão pouco, se fixou um preço base de concurso que pudesse dar indicações de natureza financeira aos potenciais concorrentes. No concurso por negociação não pode argumentar-se que a proposta adjudicada é a economicamente mais vantajosa pois que essa vantagem não pode medir-se apenas em função do preço proposto mas antes na relação qualidade do projecto / preço proposto. Como também não pode argumentar, como agora o faz, que os concorrentes convidados para o concurso por negociação passaram a saber que “o menor preço ou a proposta economicamente mais vantajosa” era, a partir de então “*elemento ou condição fundamental ... para ... a decisão de adjudicar*” pois que o que lhes foi pedido foi a apresentação de um preço menor ao apresentado no concurso e não lhe foi comunicado que os critérios de adjudicação se tinham alterado. Bem pelo contrário, o que lhes foi afirmado (ou reafirmado) foi que “*a adjudicação das propostas será (seria) feita ao concorrente que obtiver (obtivesse) melhor classificação atendendo ao novo preço apresentado e negociado e aos critérios de apreciação das propostas constantes no ponto 13 do anúncio*”.



Tribunal de Contas

Tendo-se desvinculado, como se desvinculou, dos critérios adjudicatórios previamente fixados, com a adjudicação decidida o IHM violou os princípios essenciais à contratação pública antes enunciados, transformando-a em adjudicação por ajuste directo quando, atendendo ao valor em causa era obrigatória a realização prévia de concurso público.

A ausência de concurso quando imposto por lei acarreta a nulidade do contrato por preterição de um elemento essencial (artºs 133º, nº 1 e 185º do Código do Procedimento Administrativo).

Nos termos da al. a) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto a nulidade constitui fundamento da recusa do visto.

6. Pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a Decisão recorrida.

São devidos emolumentos [artº 16º, nº 1, al. b) do “Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio].

Diligências necessárias.

Lisboa, 15 de Julho de 2003.

(RELATOR : Cons. Pinto Almeida)

(Consª Adelina de Sá Carvalho)

(Cons. Lídio de Magalhães)



Tribunal de Contas

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)