



ACÓRDÃO Nº 43/03 – 28 OUTUBRO – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO nº 33/2003

(Processo 1176/2003)

SUMÁRIO

1. A adjudicação é o acto administrativo pelo qual a entidade competente para autorizar a despesa escolhe a proposta que, no concurso público, for economicamente mais vantajosa.
2. No procedimento prévio à realização da empreitada, compete ao dono da obra a definição e publicitação, no anúncio e no programa do concurso, dos factores e /ou subfactores de apreciação das propostas, bem como a fixação dos respectivos critérios de ponderação.
3. Uma vez fixados e publicitados esses critérios e factores de apreciação das propostas, o dono da obra fica a eles vinculado, devendo proceder à adjudicação nos exactos termos em que ela decorre da respectiva aplicação.
4. A adjudicação de uma empreitada em desrespeito daqueles critérios e factores traduz um ajuste directo, o que, quando outro procedimento prévio é legalmente exigível, acarreta a nulidade do contrato por preterição de elemento essencial.



ACÓRDÃO N.º 43 /03 – 28 OUTUBRO – 1.ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 33/2003

(Processo n.º 1176/2003)

I. RELATÓRIO

1. Pelo Acórdão n.º 87/2003, tirado em Subsecção da 1.ª Secção deste Tribunal, foi recusado o visto ao contrato de empreitada celebrado entre a CÂMARA MUNICIPAL DA COVILHÃ e a empresa – CONSTRUÇÕES J.J.R. & Filhos, S.A., no valor € 1.494.854,90, acrescido de IVA.

A recusa de visto teve, em síntese, por fundamento a violação dos princípios essenciais à contratação pública decorrente da Câmara se ter desvinculado dos critérios adjudicatórios por ela previamente fixados, do que decorreu um ajuste directo quando era exigível a realização de concurso público. Ora, a ausência de concurso acarreta a nulidade do procedimento e do subsequente contrato, a qual é fundamento de recusa de visto, como determina a alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

2. Inconformado, veio o Exmo. Presidente da Câmara Municipal da Covilhã interpor recurso ordinário com duntas alegações, que aqui se dão por integralmente reproduzidas, e que convergem nas seguintes conclusões apresentadas pelo recorrente:

2.1. A adjudicação desta obra ao concorrente que apresenta, neste concurso, a proposta mais conveniente é claramente



Tribunal de Contas

justificada, por se tratar de obra de inegável interesse público que vai permitir a melhoria dos acessos e circulação das pessoas e bens do concelho;

- 2.2.** Não se está perante nenhuma nulidade originária da desconformidade do contrato com as leis em vigor, sendo certo que dos dois fundamentos invocados no Acórdão recorrido, o respeitante à “alteração do resultado financeiro” pode ser objecto de uma decisão fundamentada do Tribunal de Contas no sentido da concessão do visto, nos termos do nº 4 do artigo 44º da Lei nº 98, 97, de 26 de Agosto;
 - 2.3.** Toda a argumentação exposta clarifica que a Câmara considera não existir nenhum fundamento de recusa de visto e, não existindo dúvidas sobre a legalidade, poderá o Tribunal emitir declaração de conformidade;
 - 2.4.** O enquadramento da adjudicação foi o correcto, visto que é à entidade adjudicante que cabe a responsabilidade de decidir, mesmo que, fundamentadamente, em sentido contrário à Comissão, obedecendo sempre aos princípios gerais da contratação pública e tendo por corolário o princípio consignado no nº 1 do artigo 25º do Decreto-Lei nº 341/83, de 21 de Julho (o ilustre Recorrente terá querido citar o nº 1 do artigo 26º, de acordo com o qual “nenhuma despesa poderá ser assumida, autorizada e paga sem que, para além de legal, esteja inscrita em orçamento a dotação adequada e nela tenha cabimento”).
- 3.** Admitido o recurso, sobre ele se pronunciou o Exmo. Procurador Geral Adjunto junto deste Tribunal no sentido da sua improcedência, salientando, no seu parecer, que também o Supremo Tribunal Administrativo, em sucessivos acórdãos, tem vindo a definir jurisprudência no sentido de que o dono da obra



Tribunal de Contas

está vinculado a efectuar a adjudicação da empreitada segundo os critérios e factores por si definidos, dado tratar-se de um dos aspectos vinculados da resolução. Houve, assim, no caso em apreço violação de lei sindicável pelo Tribunal de Contas por força do disposto na alínea a) do nº3 do artigo 44º da Lei nº 98/97.

4. Corridos os demais vistos legais, cumpre decidir.

II – OS FACTOS

1. A factualidade apurada, como decorre dos autos e do Acórdão recorrido, é a seguinte:

- 1.1. Tendo em vista a construção da Estrada Municipal 1374 entre Portela de Unhais e a Barroca Grande, a Câmara, na sua reunião de 7 de Junho de 2002, deliberou abrir concurso público para a referida empreitada;
- 1.2. O respectivo anúncio foi publicado do DR, III Série, de 8 de Julho de 2002, dele constando (nº 9), como prazo máximo para a execução da obra, 270 dias a contar da consignação;
- 1.3. No que se refere ao critério de apreciação das propostas, o ponto 25 do Anúncio fixava a fórmula seguinte:

$$Rf = \frac{Ppi}{Pp} \times 0,45 + \frac{Pei}{Pe} \times 0,35 + \frac{Vtx}{Vts} \times 0,20$$

Sendo

Rf, o resultado final

Ppi, o preço da proposta mais baixa

Pp, o preço da proposta em apreço

Pei, o prazo de execução da proposta mais baixa

Pe, o prazo de execução da proposta em apreço

Vt, o valor técnico da proposta em apreço



Tribunal de Contas

Vts, o valor técnico da proposta mais alta

Por seu lado, o valor de Vt obtinha-se pela seguinte fórmula:

$$Vt = V1 \times 0,40 + V2 \times 0,35 + V3 \times 0,15 + V4 \times 0,5 + V5 \times 0,05,$$

Sendo

V1 = nota justificativa do preço

V2 = modo de execução da obra

V3 = plano de trabalhos

V4 = plano de mão de obra

V5 = plano de equipamento.

- 1.4. Ao concurso apresentaram propostas sete empresas, tendo sido admitidos seis concorrentes e consideradas qualificadas para a fase de apreciação das propostas cinco empresas (Actas de 8 e 14 de Agosto de 2002);
- 1.5. Dos cinco concorrentes considerados qualificados, três apresentaram “propostas alternativas”, que se traduziam em prazo diferente do enunciado no anúncio do concurso;
- 1.6. Após a aplicação da grelha de avaliação e dos critérios fixados, as oito propostas foram graduadas nos termos seguintes (Relatório constante da Acta de 4 de Outubro de 2002), após apreciação e decisão da reclamação apresentada pela empresa CONSTRUTORA DO LENA, S.A:

1º CONSTRUTORA DO LENA, S.A. (prazo alternativo) – 0,942 pontos

2º CONSTRUÇÕES J.J.R. & FILHOS, S.A. (prazo alternativo) – 0,928 pontos

3º CONSTRUÇÕES J.J.R. (proposta base) – 0,861 pontos

4º CONSTRUTORA DO LENA (base) – 0,865 pontos

5º CONSTRUÇÕES ANTÓNIO JOAQUIM MAURÍCIO, Lda. (prazo alternativo) – 0,797 pontos

6º CONSTRUÇÕES A. J. MAURÍCIO (base) – 0,768 pontos



7º ROSA CONSTRUTORES – 0,705 PONTOS

8º AGRUPAMENTO BELOVIAS, Lda. E AZINHEIRO, Lda –
0,582 pontos.

- 1.7. Com efeito, a CONSTRUTORA DO LENA tinha apresentado em 17 de Setembro reclamação, em sede de audiência prévia, da primeira graduação das propostas (Relatório de 19 de Agosto de 2002), que colocara em 1º lugar a empresa CONSTRUÇÕES J.J.R. & FILHOS, S.A. (prazo alternativo), invocando “erro de cálculo no relatório” e “subavaliação, no subfactor V1, do factor valor técnico da proposta”; a comissão de análise de propostas concluiu, em 20 de Setembro, pelo merecimento da reclamação, cujo deferimento propôs; esta proposta foi decidida favoravelmente em Reunião da Câmara de 4 de Outubro, tendo sido assim deferida aquela reclamação, do que foram notificadas a CONSTRUTORA DO LENA e as demais empresas em 17 do mesmo mês;
- 1.8. **A adjudicação da empreitada à CONSTRUTORA DO LENA, S.A.** foi proposta pela Comissão de Análise em 4 de Outubro de 2002, pelo preço de € 1.579.976,57, mais IVA, e com um prazo de execução de 180 dias;
- 1.9. Por despacho de 14 de Março de 2003, ou seja 5 meses depois, o Exmo. Presidente da Câmara, invocando que o relatório da comissão consubstanciava uma proposta não vinculativa, determinou:
- ⇒ a **não homologação** da acta de análise das propostas;
 - ⇒ a **adjudicação** da empreitada à empresa CONSTRUÇÕES J.J.R. & FILHOS, S.A. - “proposta condicionada”, classificada em 2º lugar, pelo valor de € 1.494.854,90 e com o prazo de execução de 210 dias, invocando, para o efeito, que:
 - **embora da aplicação dos critérios de adjudicação constantes do programa do concurso resultasse que o concorrente que oferecia a proposta mais vantajosa era**



- a **CONSTRUTORA DO LENA**, entendia que a **empresa CONSTRUÇÕES J.J.R. & FILHOS apresentava a proposta de preço mais baixo**, obtendo melhor pontuação no critério da condição mais vantajosa de preço;
- quanto ao **valor técnico** da proposta, a CONSTRUÇÕES J.J.R. obtinha também a **melhor pontuação**, afirmação esta não fundamentada nem demonstrada;
- 1.10.** O despacho de adjudicação foi **ratificado** na Reunião de Câmara de 28 de Março de 2003;
- 1.11.** A adjudicação foi notificada à empresa CONSTRUÇÕES J.J.R. & FILHOS, S.A., à CONSTRUTORA DO LENA, S.A. e aos restantes concorrentes em 26 de Março de 2003;
- 1.12.** Em 9 de Maio de 2003, o contrato de empreitada foi outorgado pelas partes, tendo sido enviado a este Tribunal, para fiscalização prévia, em 15 de Maio último.
- 2.** Quando da apreciação do processo, a Câmara foi convidada a esclarecer, entre outros aspectos, a adjudicação da empreitada a um concorrente que não apresentou a proposta economicamente mais vantajosa de acordo com os factores previamente definidos: preço (45%), prazo de execução (35%) e valor técnico da proposta (20%).
- Na sua resposta, o Exmo. Vereador Luís Barreiros veio esclarecer ser *“reconhecido que a Administração detém um poder discricionário cujo limite de autonomia é balizado pelo objectivo que constitui a prossecução do interesse público”*, e invocando ainda a *“actual tendência para se recorrer, para efeitos de valorização das propostas, a um feixe de critérios que a lei consubstancia no conceito de proposta mais vantajosa, o que leva a afirmar que todos os critérios são mais ou menos admissíveis, tudo depende dos objectivos que se queiram alcançar com a construção da obra, pelo que, uma proposta fundamentada da entidade adjudicante pode justificar*



Tribunal de Contas

plenamente a adopção de critérios que vão reflectir-se na escolha da proposta mais vantajosa. No caso concreto, o critério do mais baixo valor”.

III – A LEI

1. Dispõe o artigo 105º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, que “o critério no qual se baseia a adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, implicando a ponderação de factores variáveis...” (nº 1), prevendo o artigo 100º que as **propostas “devem ser analisadas em função do critério de adjudicação estabelecido”** (nº 1), impondo-se à comissão de análise a elaboração de um relatório fundamentado sobre “o mérito das propostas”, **ordenadas, para efeitos de adjudicação, “de acordo com o critério de adjudicação e com os factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação fixados no programa do concurso”** (nº 2).

No artigo 102º prevê-se a elaboração, pela mesma comissão, de um **relatório final** fundamentado, após ponderação das observações dos concorrentes em sede de audiência prévia, o qual é submetido à entidade competente para adjudicar.

Também o artigo 80º, ao impor que a obra seja posta a concurso por **anúncio**, a formular nos termos do modelo nº 2 do Anexo IV do diploma, exige que dele conste o **critério de adjudicação** da empreitada, com indicação dos **factores** de apreciação das propostas e respectiva ponderação.

Igual exigência consta do artigo 66º, quando obriga a que, no **programa do concurso**, seja especificado o critério de adjudicação, com indicação dos factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e sua ponderação. Na mesma linha, a Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro, estipula no ponto II do seu Anexo a previsão do critério de adjudicação, com



Tribunal de Contas

“indicação, em termos percentuais ou numéricos, do **grau de importância dos factores ou eventuais subfactores que o compõem**, bem como do método e ou fórmula matemática de ponderação dos mesmos factores”.

2. Estes normativos convergem num princípio básico, seja o da maior **transparência** e **objectividade** na forma como as várias propostas serão avaliadas e graduadas para efeitos de adjudicação, assegurando simultaneamente a prossecução dos princípios da igualdade, publicidade, imparcialidade, boa fé e estabilidade consagrados nos artigos 8º, 9º, 11º, 13º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.

Daqui decorre, como bem se assinalou na decisão recorrida, que o dono da obra **deva dar a conhecer aos eventuais interessados**, com antecedência e clareza, **quais as regras e condições** em que se propõe contratualizar a empreitada e, para o efeito, seleccionar o concorrente cuja proposta seja considerada mais favorável.

3. **A vinculação a esse quadro** referencial previamente publicitado é, porém, **inalterável**, ou seja, se por um lado o dono da obra possui uma larga margem de **escolha dos factores e subfactores** integradores do critério de avaliação e graduação das propostas dos concorrentes qualificados (artigo 98º do Decreto-Lei nº 59/99), exercitando os seus poderes discricionários na enunciação e ordenação daqueles factores, e na sua aplicação àquelas propostas, já, por outro lado, se **encontra vinculado a proceder à adjudicação nos exactos termos em que ela decorre da aplicação dos referidos critérios e factores**, previamente enunciados no anúncio e no programa do concurso. Afastar, no momento da adjudicação, a aplicação dos referidos critérios, designadamente valorando de modo diferente os factores enunciados ou introduzindo na ponderação outros, não



Tribunal de Contas

previstos, consubstancia violação de lei, como aliás vem sendo jurisprudência do Tribunal de Contas e do Supremo Tribunal Administrativo, como bem nos recorda o ilustre Representante do Ministério Público.

4. Acresce que invocar o interesse público, como o defende o Recorrente, como elemento determinante da opção de adjudicar ao concorrente graduado em 2º lugar é partir do princípio que tal interesse é susceptível de flutuação, quando – como no caso – o despacho de adjudicação não invoca qualquer ilegalidade (a carecer de correcção) na ordenação dos concorrentes elaborada pela Comissão de Análise, aliás – recorda-se – na sequência de reclamação apresentada pela empresa CONSTRUTORA DO LENA S. A. e integralmente aceite pela própria Câmara. Ao “corrigir” a matriz da proposta, o Presidente e a Câmara modificaram de facto, no momento da adjudicação, a grelha que eles próprios aprovaram e fixaram para avaliação das propostas, daí decorrendo uma coincidência, por certo não desejada mas efectiva, da proposta por eles considerada mais favorável com a que, em anterior graduação, ficara classificada em 1º lugar e fora apresentada pela empresa CONSTRUÇÕES J.J.R. & FILHOS, SA, da qual reclamara com razão (como lhe foi reconhecida) a empresa CONSTRUTORA DO LENA, à qual a Comissão de Análise propôs fosse feita a adjudicação.

5. Assim, a Câmara, ao desvincular-se dos critérios de apreciação e graduação das propostas, violou os princípios gerais informadores da contratação pública, pelo que a adjudicação à empresa CONSTRUÇÕES J.J.R. & FILHOS decorreu, na prática, de um ajuste directo quando era exigível um concurso público prévio.
Ora, a ausência do procedimento legalmente exigível face ao valor do contrato acarreta a nulidade do contrato por preterição de elemento essencial, como se concluía no Acórdão recorrido.



IV – DECISÃO

Dispõe o artigo 44º, na alínea a) do seu nº 3, que constitui fundamento de recusa de visto a desconformidade dos actos e contratos com as leis em vigor de que resulte a sua nulidade.

Tendo em consideração todos os elementos de facto e de direito atrás enunciados e inexistindo fundamento para a revogação da decisão recorrida,

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao Recurso em apreço, confirmando, em consequência, o Acórdão nº 87/2003 – 1ªS/SS e a recusa de visto nele consignada.

Emolumentos legais.

Notifique-se.

Lisboa, em 28 de Outubro de 2003

OS JUÍZES CONSELHEIROS

RELATOR: Cons. Adelina Sá Carvalho

Cons. Lídio de Magalhães

Cons. Adelino Ribeiro Gonçalves



Tribunal de Contas

Fui presente
O Procurador-Geral Adjunto