



Mantido pelo acórdão nº 04/04, de 27/04/04, proferido no recurso nº 36/03

ACORDÃO Nº 97 /2003-30.Set-1ªS/SS

Proc. Nº 1 628/03

1. A Câmara Municipal de Évora remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato da empreitada de “Ampliação e remodelação da ETAR de Évora”, celebrado com o consórcio formado pelas empresas “Setal Degrémont – Tratamento de Águas, S.A. e O.G.B. – Obras Gerais de Betão, S.A.”, pelo preço de 176.117.388\$00 (878.469,82 €), acrescido de IVA.

2. Dos elementos constantes do processo, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:

- Por anúncio publicado no Diário da República, III série, de 20 de Abril de 2000 a Câmara Municipal de Évora lançou concurso público para a realização da empreitada de “Ampliação e remodelação da ETAR de Évora”;
- Na alínea b) do nº 3 do referido anúncio fixa-se como preço base do concurso o montante de 118 000 000\$00 (588.581,51 €), excluído o IVA;
- Ao concurso apresentaram-se seis concorrentes com propostas que variavam entre 176.117.388\$00 (878.469,82 €) e 249.936.633\$00 (1.246.678,66 €), tendo sido todos eles admitidos;
- Na Informação nº PG 48/00, de 21 de Julho dirigida ao Sr. Vereador do pelouro, dá-se conta de que:

“No passado dia 20 de Abril de 2000, foi lançado o concurso público par de Ampliação e Remodelação da ETAR de Évora -1ªfase, tendo como preço de base 118 000 000\$00, com IVA não incluído.

Após a abertura das propostas, constatou-se que os valores propostos pelas várias empresas era consideravelmente superior ao proposto:



(...)

Após uma reanálise de todo o processo constatámos que o preço de base anteriormente estimado apresentava alguns lapsos, nomeadamente em relação a algum equipamento, assim como a natureza do terreno a escavar o qual à partida, veio condicionar o preço proposto.

Tendo em atenção todos estes factores verifica-se que o novo valor estimado, embora inferior ao das propostas apresentadas é de 144.291.784\$00 (S/IVA Incluído), cerca de 18%, o que já se aproxima mais dos valores apresentados.

Embora de acordo com o art 107º, do Decreto Lei nº59/99, o dono da obra não pode adjudicar a empreitada quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso, julgo que após a rectificação do valor estimado (18%), não podemos considerar os preços demasiado elevados."

- Sobre esta Informação foi lavrado pelo Vereador do pelouro em 25 de Julho o seguinte despacho: *"a proposta, incluindo o presente relatório, deve ser presente à reunião de câmara de Setembro para decisão."*
- Em reunião camarária, de 25 de Outubro de 2000, a empreitada veio a ser adjudicada, definitivamente, ao concorrente Setal Degrémont – Tratamento de Águas, S.A.", pelo preço de 176.117.388\$00 (878.469,82 €), acrescido de IVA, ou seja, 49,25% superior ao preço base (22,05% relativamente ao preço base corrigido referido na Informação nº ° PG 48/00, antes referenciada);
- O ponto 13 do anúncio de abertura, bem como o nº 18 do Programa do concurso, fixam como factores de avaliação das propostas: *(i) "qualidade geral da proposta; (ii) qualidade dos materiais e equipamentos a utilizar; (iii) programa de trabalhos, prazo de execução e condições de pagamento; (iv) preço proposto"*, sem que se estabeleça a respectiva ponderação;
- No relatório de avaliação das propostas, a respectiva Comissão reagrupou os factores de avaliação e fixou a correspondente ponderação, nos seguintes termos: (i) garantia de capacidade técnica 60 %; (ii) prazo 10 %; e (iii) preço 30%;
- O contrato foi celebrado em 11 de Dezembro de 2000;



Tribunal de Contas

- A consignação da obra, por razões várias, ocorreu apenas em 6 de Junho de 2002;
- O contrato só foi remetido a este Tribunal, para efeito de fiscalização prévia em 16 de Julho de 2003, isto é 279 dias úteis após a consignação da empreitada e com desrespeito em 249 dias úteis do prazo de remessa previsto no nº 2 do artº 81º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

3. Questionada a autarquia sobre as questões suscitadas, ou seja (i) possibilidade legal da adjudicação face ao disposto no artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, (ii) não publicitação dos factores de avaliação das propostas, e (iii) incumprimento do prazo previsto no nº 2 do artº 81º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, respondeu através do ofício nº 14.728, de 11/9/200, onde se lê:

(i) *"Tal como resumidamente é referido na informação PG 48/00, na sequência da reanálise cuidada de todo o processo, verificou-se que havia omissões relevantes nomeadamente quanto ao equipamento previsto concluindo-se ser este claramente insuficiente.*

Situação semelhante ocorreu relativamente à natureza do terreno a ser objecto de trabalhos de escavação em que a previsão elaborada continha lapsos relevantes, que não poderiam deixar de ser objecto de correcção.

Constatadas tais omissões, entendeu-se que não será correcto o entendimento de que «as propostas apresentadas eram consideravelmente superiores ao preço base do concurso» visto que, confirmado que foi a imprescindibilidade de no preço base se considerar, no mínimo, mais 18%. A ser assim, a proposta mais baixa apenas apresentava urna diferença de 14% relativamente ao valor base (que deverá ter sido encontrado) pelo que se entendeu que tal proposta não deveria ser entendida como "consideravelmente superior".

(...)

(ii) *"Fez-se, em nossa opinião, no anúncio referência aos critérios estabelecidos no ponto 18 do programa de concurso e caderno de encargos, folhas 10 e 11- vol I - ,referência esta que, no entendimento dos serviços Municipais intervenientes e do júri, deverá ser tida por suficiente, tanto assim que não houve qualquer tipo de reclamação por parte dos concorrentes, nomeadamente quanto a estas questões."*

(...)



Tribunal de Contas

(iii) *"Na sequência da formalização do contrato e solicitada a necessária certidão de cabimentação constatou se que o orçamento de 2001 apenas contempla uma dotação no valor 45.000 contos, insuficiente para o efeito.*

Seria necessário promover uma alteração do Plano de Actividades e Orçamento na sequência da decisão sobre o investimento que seria reduzido

Optou-se não consignação, tendo em vista a posterior criação de Empresa Intermunicipal e respectivo financiamento do fundo de coesão. Tal objectivo não veio a cumprir-se tendo-se posteriormente retomado a execução da obra por parte do Município, tais alterações e indefinições provocaram alguma descoordenação de que resultaram alguns atrasos na organização de processos haviam sido arquivados".

4. Para o enquadramento e decisão das questões suscitadas no processo relevam as seguintes disposições legais:

(i) O artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março que determina que *"o dono da obra não pode adjudicar a empreitada:*

a)

b) *Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso;*

c)"

(ii) O artº 66º, nº 1, al. e), também do Decreto-Lei nº 59/99, que diz que *"O programa do concurso destina-se a definir os termos a que obedece o respectivo processo e especificará:*

d) ...

e) *O critério de adjudicação da empreitada, com indicação dos factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação;*

f) ...;



Tribunal de Contas

Estipulação que se repete no nº 13 do modelo nº 2 (anúncio de concurso público de empreitada de obras públicas) do anexo IV do mesmo Decreto-Lei.

(iii) O artº 81º, nº 2, al. b) da Lei nº 98/97, de 26/8 que determina que *"os processos relativos a actos e contratos que produzam efeitos antes do visto devem ser remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 30 dias a contar, salvo disposição em contrário:*

a) ...;

b) Da data da consignação, no caso de empreitada;

c) ..."

E também o artº 66º, nº 1, al. e) da mesma Lei, quando prevê que *"o Tribunal pode ainda aplicar multas nos casos seguintes:*

d) ...;

e) Pela inobservância dos prazos legais de remessa ao Tribunal dos processos relativos a actos ou contratos que produzam efeitos antes do visto;

f) ..."

5. Apreciemos.

5.1. Adjudicação da empreitada por preço consideravelmente superior ao preço base

A norma do artº 107º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, acima transcrita tem, como se vê, natureza imperativa.

Porém, nem sempre assim foi. Naquelas circunstâncias, o Decreto-Lei nº 235/86, de 18 de Agosto estipulava, no artº 95º, al. c), que *"o dono da obra pode não adjudicar a empreitada"* e o Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, no artº 99º, nº 1, que *"o dono da obra não pode adjudicar a empreitada"*, admitindo, porém, a parte final da própria al. b) uma ressalva – *"salvo se o interesse público prosseguido o determinar"*.

Ora, esta evolução restritiva dos sucessivos preceitos legais, que, de uma admissibilidade de não adjudicação passa para uma proibição de adjudicação mas com excepções, até à actual



Tribunal de Contas

proibição absoluta de adjudicação, não consente qualquer justificação que possibilite a adjudicação de uma empreitada por preço consideravelmente superior ao preço base do concurso. Mesmo a desadequação deste.

E esta imperatividade consagrada no artº 107º, nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, compreende-se e impõe-se pela relevância externa do preço base dos concursos, sobretudo quanto aos potenciais concorrentes que, conhecedores do disposto naquele preceito legal, se sentem limitados e condicionados pelo preço base, sob pena de inutilidade da sua proposta caso esta só possa ser de valor consideravelmente superior àquele.

Isto basta para não ser admissível a alteração do preço base após a sua publicitação e apresentação de propostas pelos concorrentes, seja pela própria Câmara, seja pela Comissão de Análise das propostas. Pelo que, no caso, se torna irrelevante a “correção” do preço base de 118.000.000\$00 (588.581,51 €), para 144.291.784\$00 (719.724,38 €) a que se alude na Informação nº PG 48/00.

Resta agora saber se um desvio de mais 49,25% da proposta adjudicada em relação ao preço base é ou não consideravelmente superior.

Antes de mais, é o próprio senso comum que tem por assente que um desvio de quase 50% para mais é consideravelmente superior à base que lhe serve de cálculo, independentemente dos valores objectivos que possam estar em causa.

Depois, este Tribunal tem vindo a entender que as propostas são de preço consideravelmente superior ao preço base do concurso quando o desvio exceda outros limites permitidos ou tolerados pela lei e que não devam servir de baliza para àquele dar conteúdo. É o caso dos trabalhos a mais permitidos (dentro de condicionalismos legais apertados) nas empreitadas, cujo limite máximo permitido está fixado em 25% do valor do contrato inicial (cfr. artº 45º do mesmo Decreto-Lei).

É a jurisprudência que flui, entre outros, dos acórdãos nºs 86/00-12.Dez-1ªS/SS, 89/00-19.Dez-1ªS/SS, 13 e 14/01-23.Jan-1ªS/SS e 18/01-30.Jan-1ªS/SS, lavrados nos processos nºs 3922/00, 3600/00, 4121/00, 4510/00 e 4176/00, respectivamente e ainda no acórdão nº 29/00-21.Nov-1ªS/PL, lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 29/2000, no acórdão nº 18/01-Mar.27-1ªS/PL, lavrado nos autos de Recurso Ordinário nº 14/2001 e publicado no Diário da República, II série, de 21 de Abril de 2001 e no acórdão nº 57/01- Nov.06-1ªS/PL, lavrado nos



Tribunal de Contas

autos de Recurso Ordinário nº 58/2001, este sufragado pelo Tribunal Constitucional no seu acórdão, ainda não publicado, nº 265/2003.

Assim, verifica-se a violação directa do artº 107º, nº 1, al. b), que tem, inquestionavelmente, natureza financeira.

5.2. Não publicitação da ponderação de cada factor de avaliação das propostas.

Também o artº 66º, nº 1, al. e) do Decreto-Lei nº 59/99, igualmente antes transcrito, não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade de publicitação das ponderações atribuídas a cada um dos factores de avaliação das propostas.

E facilmente se compreende que assim seja. Se a alteração dos factores de apreciação das propostas e a respectiva ponderação pudesse ser livremente fixada pela Comissão de Análise das propostas e, principalmente, já depois de conhecidas estas e o respectivo valor (como sucedeu no caso dos autos) eram os princípios da legalidade, da transparência, da publicidade, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da estabilidade, consagrados nos artºs. 7º, 8º, 9º, 10º, 11º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, aplicáveis às empreitadas de obras públicas por força do artº 4º, nº 1 do mesmo diploma legal, que ficariam em causa.

A publicitação, no anúncio ou, pelo menos, no programa do concurso, do peso percentual de cada um dos factores de avaliação das propostas assume-se, em defesa dos princípios enunciados, como um elemento essencial do concurso, acarretando a sua ausência a completa descaracterização daquele, não podendo, em rigor, falar-se em tais circunstâncias na realização de concurso.

Ora, no caso dos autos, a não publicitação da ponderação dos factores de avaliação e a sua fixação pela Comissão de Análise das propostas bem como a alteração dos mesmos já depois de conhecidas as propostas concorrentes violou o disposto no artº 66º, nº 1, al. e) do Decreto-Lei nº 59/99 e retirou ao procedimento prévio à adjudicação a natureza de concurso público, exigível no caso em presença.

A ausência de concurso público quando legalmente exigível – como era o caso - acarreta a nulidade do procedimento e do subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (artºs 133º e 185º do Código do Procedimento Administrativo).



Tribunal de Contas

5.3. Incumprimento do prazo previsto no artº 81º, nº 2 da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

De acordo com os factos dados como assentes em 2. a este propósito, o contrato foi remetido a este Tribunal, para efeito de fiscalização prévia, pelo Sr. Presidente da Câmara Municipal de Évora, com desrespeito de 249 dias úteis do prazo previsto no nº 2 do artº 81º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto. O incumprimento de tal prazo é, como se transcreveu [artº 66º, nº 1, al. e)], passível de sanção a aplicar em processo autónomo de multa (artº 67º, nº 1) a julgar na 3ª Secção deste Tribunal [artºs 58º, nº 1, al. d) e 79º, nº 2], cabendo, porém, o respectivo impulso processual ao Ministério Público (artº 89º)

6. Concluindo.

A nulidade e a violação directa de normas financeiras constituem fundamento da recusa do visto [als. a) e b) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto].

Assim, pelos fundamentos expostos acorda-se em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal em:

- a) Recusar o visto ao mencionado contrato;
- b) Mandar extrair certidão das peças processuais demonstrativas do incumprimento do prazo previsto no nº 2 do artº 81º da Lei 98/97, de 26 de Agosto, com entrega ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto neste Tribunal para os efeitos do artº 89º da mencionada Lei, se assim o entender.

São devidos emolumentos (nº 3 do artº 5º do Regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 30 de Setembro de 2003.

Os Juízes Conselheiros

(Pinto Almeida – Relator)

(Adelina Sá Carvalho)

(Lídio de Magalhães)



Tribunal de Contas

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)