



ACÓRDÃO N.º 4/2004-1ªS/PL-27.Abr.2004

Recurso Ordinário n.º 36/03

Processo n.º 1628/2003

SUMÁRIO:

1. O art.º 107.º, n.º 1, al. b) do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, proíbe o dono da obra de adjudicar uma empreitada quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total "*consideravelmente superior*" ao preço base do concurso.
2. Tendo em conta o contexto legislativo e o significado da palavra "*consideravelmente*", não podem suscitar-se dúvidas de que uma discrepância das propostas, no sentido do acréscimo, de cerca de 50% em relação ao preço base, as torna "*consideravelmente superiores*" a este.
3. A violação do preceito mencionado, que contém uma norma de natureza financeira, constitui fundamento para a recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. b) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.
4. A não indicação, de forma clara e transparente, dos factores de apreciação das propostas e respectiva ponderação, viola o disposto na al. e), do n.º 1 do art.º 66.º do referido Decreto-Lei.
5. A ilegalidade apontada é susceptível de conduzir à adopção de proposta de que resulte agravamento do resultado financeiro do contrato, pelo que constitui fundamento de recusa de visto, previsto na al. c), do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 97/97, de 26 de Agosto.
6. O apuramento da responsabilidade pelo incumprimento do prazo de remessa do contrato, para efeito de fiscalização prévia, previsto no art.º 81.º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, é da competência da 3.ª Secção do Tribunal de Contas, em processo próprio, nos termos do art.º 58.º, n.º 1, al. d) e n.º 5 e art.º 66.º, n.º 1, al. e) da mencionada Lei.



ACÓRDÃO Nº 04 /2004-ABR.27-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 36/03

(Processo nº 1628/2003)

ACÓRDÃO

Vem o presente recurso interposto da decisão de recusa de visto vertida no Acórdão n.º 97/2003, proferido no Processo n.º 1628/03, que se debruçou, em sede de fiscalização prévia, sobre o contrato de empreitada referente a “Ampliação e remodelação da ETAR de Évora”, que a Câmara Municipal desta cidade havia 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.

A recusa de visto fundamentou-se essencialmente, por um lado, no facto de a adjudicação ter sido feita por um valor consideravelmente superior ao preço base (176 117 388\$00 e 118 000 000\$00, respectivamente) como violação do art.º 107.º, n.º 1, al. b), do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, norma de natureza financeira, pelo que teria ocorrido o fundamento de recusa de visto da alínea b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

E, por outro lado, a decisão deu como verificado que, não tendo sido publicitadas, nos documentos de lançamento do concurso, verdadeiras ponderações a atribuir a cada um dos factores de avaliação das propostas, (ponderações que apenas vieram a ser fixadas por ocasião de tal avaliação) não pode mesmo falar-se em concurso. E, sendo o concurso público elemento essencial da adjudicação, a sua omissão inquina a adjudicação, bem como o contrato, de nulidade, a qual constitui o fundamento de recusa de visto previsto na alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, já referida.

Na decisão recorrida considerou-se ainda ter sido o contrato enviado ao Tribunal com incumprimento do prazo previsto no art.º 81.º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, (uma vez que a sua entrada ocorreu apenas 249 dias úteis após o respectivo terminus) pelo que se decidiu participar ao Ex^{mo} Procurador-Geral Adjunto para, se assim o entendesse, promover o apuramento de responsabilidades pertinente (cfr. art.º 89.º da mesma Lei).

No recurso ora interposto, no qual se não apresentaram conclusões, a Câmara Municipal de Évora veio rebater esta visão das coisas.

Assim, entende este órgão que a ultrapassagem do preço-base foi apenas de 18%, devendo tudo o resto ser levado à conta das omissões que se verificaram no projecto “relativamente ao equipamento e à natureza do terreno”.



Tribunal de Contas

Quanto ao outro fundamento da recusa de visto diz-se no recurso não se poder afirmar que os critérios de adjudicação “tenham sido exemplarmente especificados”, por ocasião do lançamento do concurso, acrescentando-se:

“Porém foram-no de forma que poderá e deverá ser entendida como regular, não podendo, da leitura dos mesmos, concluir-se que houve violação dos princípios da legalidade, da transparência, da publicidade, da concorrência, de imparcialidade e da estabilidade consagrados nos artigos 7º, 8º, 10º, 11º, e 14º do D.L. n.º 197/99, de 8 de Junho, aplicáveis às empreitadas de obras públicas por força do artigo 4º nº 1 do mesmo diploma legal.

Entendemos também que não é correcto o entendimento de que houve alteração dos factores de avaliação.

Houve apenas uma clarificação e/ou explicitação – com o necessário desenvolvimento – que consta do designado “Relatório de Audiência Prévia”, do qual se anexa cópia, para melhor apreciação.

Não houve também lugar a qualquer reclamação ou recurso, pelo que os critérios e peças processuais patentes foram claramente entendidas não deixando lugar a quaisquer dúvidas nomeadamente na fase de Audiência Prévia não tendo havido também nem recursos hierárquicos ou contenciosos.



Tribunal de Contas

Não houve pois violação das normas e princípios acima referidas, nem se violou o disposto no art.º 66º n.º 1 alínea e) do D.L. n.º 59/99, pelo que não há nulidade do procedimento nos termos dos art. 133º e 185º do C.P.A..”

Na parte final do recurso aborda-se ainda a questão do incumprimento do prazo do n.º 2 (e não do n.º 7, como certamente por lapso se refere) do art.º 81.º da Lei n.º 98/97, justificando-o com vicissitudes sofridas no decurso do processo decisório da obra.

Admitido o recurso foi o mesmo remetido ao Ministério Público nos termos previstos no art.º 99.º da Lei n.º 98/97.

Em exaustivo e fundamentado parecer, o Ex^{mo} Procurador-Geral Adjunto sustenta não merecer o recurso provimento devendo ser mantido o acórdão recorrido.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

É a seguinte a matéria de facto que vem apurada no acórdão recorrido:



“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 para Ampliação e Remodelação da ETAR de Évora - 1ª fase, 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 0 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;
- 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



Tribunal de Contas

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.”

A 1.ª questão a abordar prende-se com a existência, ou não, na presente adjudicação, de um preço “consideravelmente superior” ao preço-base indicado por ocasião do lançamento do concurso.

O preço base indicado era de 118 000 000\$00 (588 581,51€) e a adjudicação fez-se pelo valor de 176 117 388\$00 (878 469,82€), o que representa um acréscimo de cerca de 49,25%.

Entende a recorrente, como já o fizera no decurso da instrução do processo, que tal acréscimo não se cifra realmente em tão elevada percentagem mas apenas em 18%, tendo em conta não haverem sido levados em conta, por ocasião do cálculo do preço base, custos relativos ao equipamento e à natureza do terreno.

Como é sabido, o art.º 107.º, n.º 1, al. b) do Dec-Lei n.º 59/99, dirige ao dono da obra uma proibição de adjudicar “quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço-base do concurso.



Tribunal de Contas

A jurisprudência deste Tribunal tem posto em evidência o facto de a formulação do preceito ser particularmente incisiva quando comparada com redacções de preceitos que, em diplomas anteriores, regulavam as causas de não adjudicação.

Assim, a alínea c) do n.º 1 do art.º 92.º do Dec-Lei n.º 48 871, de 19/2/69, dizia:

“1- O dono da obra terá o direito de não fazer a adjudicação:

- b) Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço global superior à base de licitação;”

Por seu turno, do art.º 95.º, al. b) do Dec-Lei n.º 235/86, de 18/8, constava:

“O dono da obra pode decidir não adjudicar a empreitada:

(...)

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

Já no art.º 99.º, n.º 1, al. b) do Dec-Lei n.º 405/93, de 10/12, dizia-se:

“1 – O dono da obra não pode adjudicar a empreitada:

(...)

- b) Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso, salvo se o interesse público prosseguido o determinar;”



Tribunal de Contas

O regime vigente manteve a redacção do diploma de 1993, suprimindo-lhe, no entanto, o segmento final – “ (...) salvo se o interesse público prosseguido o determinar”) – que “temperava”, de algum modo, o texto legal anterior.

Nenhuma dúvida, portanto, se pode colocar acerca da existência de uma verdadeira e inequívoca proibição de adjudicar.

Tal como se entendia em relação às mais remotas formulações acima citadas, o preceito dirige-se naturalmente (também) aos concorrentes como que advertindo-os para a existência de fundamento para a não adjudicação.

Mas nas formulações mais recentes (e sobretudo na vigente), o preceito, além de cumprir, e obviamente, essa função de advertência aos concorrentes (cfr. J. Andrade da Silva, “Regime Jurídico das Empreitadas de obras Públicas”, 3.^a edição, 1992) dirige ao dono da obra uma interdição formal (que já devia, de resto, considerar-se implícita, tendo em conta os princípios que devem reger a actividade administrativa – cfr. of. cit., loc. cit.).

Esta acentuação do actual texto legislativo não pode desligar-se da preocupação, que perpassa por todo o Dec-Lei n.º 59/99, de limitar os custos das obras públicas, nomeadamente em termos de falta de correspondência entre o que se encontra previsto e aquilo que acaba por custar a obra.



Tribunal de Contas

Isto é, o que está aqui em jogo é a falta de compatibilidade entre o preço-base – que é, convém lembrá-lo, o preço que o dono da obra conta despende com a obra – e o preço que os candidatos a adjudicatários propõem para realizar a obra.

Mas não é um qualquer afastamento entre o preço projectado e o preço oferecido que preenche o conceito indeterminado a que se refere o preceito em análise.

O preço ou os preços, que não-de justificar a não adjudicação não-de ser consideravelmente superiores ao preço-base do concurso.

A primeira observação a fazer é que o advérbio “consideravelmente” faz apelo a factores de ordem quantitativa.

“Consideravelmente” quer dizer “em grau, quantidade ou intensidade bastante elevada” (“Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea”, I vol., pág. 934) e tem como antónimos (ibidem) “insignificadamente, ligeiramente, pouco”.

Tendo em conta o contexto legislativo e o significado da palavra (que, de acordo com a parte final do n.º 3 do art.º 9.º do Código Civil, presumivelmente corresponde de forma adequada ao pensamento do legislador) não podem suscitar-se dúvidas de que uma discrepância, no sentido do acréscimo, de cerca de 50% em relação ao preço base, torna, sem dúvida, “consideravelmente superior” a este.



Tribunal de Contas

E basta-nos simplesmente convocar o senso comum para o poder concluir, mesmo sem fazer apelo a quaisquer outros argumentos e tendo em conta as actuais circunstâncias do mercado.

Na verdade, o comum dos cidadãos não deixará de considerar que um preço superior a outro em quase 50% é “consideravelmente” superior a este.

Mas também se poderia lá chegar invocando as justas preocupações do legislador em relação à falta de ajustada previsão do custo das obras públicas e às deficiências dos respectivos projectos, particularmente salientes no que diz respeito aos chamados “trabalhos a mais”.

Ora, a este propósito, o legislador considera que o máximo desvio admissível em obra é de 25% em relação ao valor da adjudicação (art.º 45.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3).

E isto passa-se numa fase em que é sempre possível haver lugar a imponderáveis muito variados.

Mas, no caso dos autos, ainda não havia lugar a imponderáveis...

Argumenta a recorrente que discrepância tão elevada se ficou a dever a erros de projecto e que, em rigor, a discrepância se cifra em percentagem muito menor.



Tribunal de Contas

A argumentação, no entanto, é improcedente uma vez que aquilo que o legislador pretende é justamente que as obras sejam objecto de projectos rigorosos com ponderada previsão de custos.

Não pode ter-se como admissível que seja indiferente, ainda em processo de decisão, que uma obra custe 588 581,51€ ou 878 469,82€ (que é quase 50% mais).

Na verdade, há que ter ainda em conta a relevância do preço-base no desenvolvimento do processo concorrencial.

O preço-base representa, precisamente, um sinal dado aos potenciais concorrentes sobre o montante aproximado que o dono da obra está disposto a pagar, sendo certo que tal preço projectado – e dado que, pela natureza das coisas, os fundos públicos não são ilimitados – é aquele que a entidade pública entendeu poder e dever gastar com a obra pública.

E é bom de ver que a função indicativa do preço-base ficaria reduzida a bem pouco se, depois de recebidas as propostas, se pudesse vir invocar que, afinal, o preço-base não era para ser levado a sério.

Na verdade, o que o legislador pretende é que haja, justamente, projectos cuidados, cálculos rigorosos e indicações correctas à concorrência.



Tribunal de Contas

Como se disse no Acórdão n.º 60/2001, proferido em 20/11/2001, a referida alínea b) do art.º 107.º “visa fomentar e proteger a adequação realista e verosímil do preço que a Administração Pública quer e pode pagar pelo custo das obras”.

“Os potenciais concorrentes devem poder confiar em que o valor da adjudicação não será muito diferente daquele que é anunciado; e, por outro lado, têm de estar cientes de que a obra lhes não será adjudicada se apenas puderem oferecer um preço excessivo quando comparado com o preço base anunciado”.

A norma referida visa, indiscutivelmente, a realização da disciplina financeira pública, “fazendo com que os custos das obras não excedam desmesuradamente quanto se encontra planeado e previsto pelos órgãos competentes das pessoas colectivas públicas” (acórdão cit.).

De resto, no caso presente, a própria Administração, ao aprovar a Informação n.º PG 48/001, considerou estarmos perante um preço “consideravelmente superior” (cfr. matéria de facto) – integrando assim correctamente o conceito indeterminado presente no citado texto legal – prosseguindo, no entanto, o processo com base nas razões apontadas.

De tudo o que antecede se pode dar como assente a violação da supramencionada alínea b) do n.º 1 do art.º 107.º do Dec-Lei n.º 59/99, que contém uma norma de natureza financeira, assim ocorrendo o fundamento de recusa de



Tribunal de Contas

visto a que se refere a alínea b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Abordemos agora outra questão que esteve na base da recusa de visto contida na decisão recorrida.

Como já se viu, haviam sido definidos quatro factores para apurar a proposta mais vantajosa, a saber:

- 1- qualidade geral da proposta;
- 2- qualidade dos materiais;
- 3- programa de trabalhos, prazos de execução e condições de pagamento;
- 4- preço proposto

Em relação a cada um destes factores não havia sido estabelecida uma verdadeira ponderação, como se verá.

De acordo com a metodologia definida, cada um destes itens seria classificado com “Muito Bom”, “Bom”, “Satisfaz” e “Não Satisfaz”, sendo os referidos itens apreciados pela ordem acima mencionada.

Sempre que, em qualquer deles, a classificação fosse de “não satisfaz” a proposta seria considerada “inaceitável”. Se a classificação fosse uma das restantes, passar-se-ia ao critério seguinte, sendo que nos casos de “Bom” ou



Tribunal de Contas

“Muito Bom” isso faria com que o item “preço” fosse “bonificado” com 5% ou 10% (respectivamente) de “redução”, tantas vezes quantas as que tais classificações fossem atribuídas.

Assim, o preço oferecido por cada um dos concorrentes nas respectivas propostas poderia não ser – de acordo com o método publicitado – coincidente com aquele outro preço a tomar em conta para apuramento da melhor proposta.

Como é de todo óbvio esta metodologia é manifestamente ilegal por contrariar fundamentalmente o disposto no art.º 66.º, n.º 1, al. e) uma vez que não permitia separar, com clareza quais os factores e, muito menos, ter a percepção da respectiva ponderação.

Porém, e sem que se alcancem do processo quais as razões, a respectiva Comissão, quando chegou a hora de avaliar as propostas, resolveu pura e simplesmente aplicar uma grelha com três factores (“garantia de capacidade técnica”, “prazo” e “preço” ponderados respectivamente com 60%, 10% e 30%).

Por seu turno, a “garantia de capacidade técnica” estava subdividida em dois subfactores cada um dos quais com a ponderação de 30% (“Qualidade geral da proposta técnica” e “Qualidade dos materiais e equipamentos a utilizar”); já o prazo estava dividido em dois subfactores, cada um dos quais com a ponderação de 5%.



Tribunal de Contas

E foi com base nesta grelha que a Comissão procedeu a análise das propostas e apurar aquela sobre a qual recaiu a adjudicação.

Ora ocorre que esta grelha, embora acolhendo, grosso modo, os factores de apreciação que haviam sido publicitados e inscritos no programa, dá-lhes uma ponderação que se não compagina com o que havia sido divulgado.

Por seu turno, aquilo que havia sido divulgado não estava de acordo com o que imperativamente dispõe a alínea e) do n.º 1 do art.º 66.º, já citada.

Assim, a não indicação, de forma clara e transparente, dos factores e respectiva ponderação, aliada à falta de observância daquilo com que, embora ilegalmente, a Administração se auto-vinculara constitui clara violação de lei.

Acresce que este tipo de ilegalidades é susceptível de introduzir perturbação na avaliação das propostas podendo conduzir à adopção de proposta de que resulte agravamento do resultado financeiro do contrato daqui resultando um outro fundamento de recusa de visto, agora previsto na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Nestes termos, confirma-se a recusa de visto no Processo n.º 1628/03, embora com fundamentos parcialmente diferentes.



Tribunal de Contas

No recurso vem ainda abordada a questão do incumprimento do prazo a que se refere o n.º 2 (no texto aparece, certamente por lapso, indicado o n.º “7”) do art.º 81.º da Lei (também certamente por lapso indica-se “D.L.”) n.º 98/97, explanando-se as razões pelas quais se terá verificado o aludido incumprimento.

A este propósito deve apenas referiu-se não ser esta a sede em que pode apurar-se a responsabilidade por tal incumprimento.

A competência para o efeito reside na 3.ª Secção deste Tribunal, em processo próprio – art.º 58.º, n.º 1, al. d) e n.º 5; e art.º 66.º, n.º 1, al. c), ambos da já citada Lei n.º 97/98 – nada cabendo aqui acrescentar ao que a esse propósito foi decidido no Acórdão recorrido.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.

Lisboa, 27 de Abril de 2004.

(RELATOR: Cons. Lídio de Magalhães)

(Cons. Adelina Sá Carvalho)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

(O Procurador-Geral Adjunto)