



ACÓRDÃO N° 21 /05 - 27.Set-1ªS/PL

## RECURSO ORDINÁRIO N° 5/2005

(Processo n° 2205/04)

### SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. Nas empreitadas de obras públicas um concorrente ilegalmente admitido na fase do acto público do concurso pode e deve ser excluído posteriormente, designadamente na fase de análise das propostas. O acto de admissão não constitui, pela sua própria natureza, quaisquer direitos, pelo que pode ser revogado nos termos do disposto no art.140° do Código do Procedimento Administrativo.
2. A omissão de um item e, conseqüentemente, do respectivo preço unitário na lista dos preços unitários, viola, para além do mais, o disposto no art.73° n°1 alínea b) do Decreto-Lei 59/99 e, porque consubstancia algo de essencial, invalida a proposta. A graduação de proposta com tal omissão traduziria uma situação de favor em relação ao concorrente e, conseqüentemente, violadora dos princípios fundamentais da contratação pública.

Lisboa, 27 de Setembro de 2005.



ACÓRDÃO N.º 21 /05-Set.27-1ª S/PL

**RECURSO ORDINÁRIO N.º 5/2005**

(Processo n.º 2205/04)

## ACÓRDÃO

1. Em sessão de Subsecção da 1ª Secção de 9 de Fevereiro de 2005 foi aprovado o acórdão n.º 23/2005-9.Fev.1ªS/SS que recusou o visto ao contrato da empreitada de **“Remodelação do Palácio da Justiça de Cuba”**, celebrado entre o **Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça (IGFPJ)** e a empresa **A Encosta, Construções, SA.**, pelo preço de **336.278,76 €** acrescido de IVA.

A recusa do visto, decidida ao abrigo da al. c) do n.º 3 do art.º 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, fundamentou-se na ilegal exclusão de dois concorrentes na fase de apreciação das propostas, tendo daí resultado o agravamento do resultado financeiro do contrato.

2. Daquele acórdão recorreu o Presidente do Conselho Directivo do IGFPJ pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.

Em defesa do pretendido e da legalidade do procedimento pré-adjudicatório por si adoptado, apresentou as alegações processadas de fls. 7 a 30 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:

*“Ficou demonstrado que:*



## Tribunal de Contas

---

- *impende sobre os concorrentes a obrigação de apresentação de uma lista completa de preços unitários, atento o disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 73º do REOP, e à luz dos fundamentos dessa exigência;*
- *dado que a lista de preços unitários que acompanha a proposta apresentada pelo concorrente n.º 2 é omissa no que concerne ao artigo 1.4.3., constante do mapa de trabalhos posto a concurso, essa omissão constitui motivo de exclusão da mesma, nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 94.º do REOP;*
- *caso se entenda que a omissão do artigo 1.4.3. e do respectivo preço unitário representa, a vontade deste em apresentar uma proposta no sentido de a execução da empreitada não contemplar esses trabalhos, estar-se-ia perante uma proposta variante;*
- *nessa hipótese, a proposta do concorrente n.º 2 também não poderia ser admitida, em função do disposto no ponto 12.1 do Programa de Concurso;*
- *Verificando que a proposta do concorrente n.º 2 foi ilegalmente admitida em sede de acto público, o respectivo acto de admissão é passível de ser revogado pela entidade adjudicante;*
- *Para tal, a Comissão de Análise tem competência para proceder à verificação da legalidade da admissão dessa proposta, sem ter de conhecer do mérito da mesma, e propor a sua exclusão, competindo à entidade adjudicante a decisão final nessa matéria.*
- *O mesmo aconteceu com o concorrente n.º 8, a Comissão verificou a ilegalidade da sua admissão, e, por conseguinte não conheceu do mérito da mesma, tendo a entidade adjudicante decidido pela exclusão deste.*



# Tribunal de Contas

---

- *A exclusão do concorrente n.º 8 não altera o resultado financeiro do contrato, pois este concorrente ficaria, mesmo se admitido, classificado depois do adjudicatário/empreiteiro.*
  - *Quanto ao concorrente n.º 2, a sua proposta apresenta uma diferença de preço face ao adjudicatário de menos € 6.733,42, contudo omite um preço unitário correspondente ao artigo 1.4.3, logo esta diferença não é real, pois a proposta apresentada não contempla todos os trabalhos postos a concurso.*
  - *Logo, deve ser concedido visto ao contrato de empreitada de «Obras de Remodelação no Palácio da Justiça de Cuba», celebrado entre o Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça e a sociedade «A ENCOSTA — Construções, S.A.*
  - *Ou, sem conceder, se esse Venerando Tribunal assim o não entender, conceder visto com recomendação, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto”.*
- 3.** Admitido o recurso foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que, após laboriosas e judiciosas considerações, emitiu douto parecer no sentido da procedência do recurso e da concessão do visto.
- 4.** Corridos os demais vistos legais cumpre apreciar e decidir.

## **4.1.** Os Factos



## Tribunal de Contas

---

Os factos apurados no acórdão recorrido não foram contestados pelo recorrente. Apesar disso, para a boa compreensão do tema *decidendi*, é conveniente recordá-los.

- O contrato foi precedido de concurso público cujo aviso de abertura foi publicado no DR, III Série, de 13 de Abril de 2004 e nas restantes publicações obrigatórias;
- O preço base foi fixado em 350.000,00 € e o prazo de execução contratualmente fixado é de 150 dias a contar do auto de consignação, a qual terá tido lugar “no máximo, no dia 6 de Dezembro de 2004” (nº 5 do ofício 8720/04, do IGFPJ);
- A empreitada é por preço global;
- Os factores de ponderação das propostas para efeito de adjudicação (ponto 21 do programa do concurso) são o preço (70%) e a valia técnica da proposta (30%), sendo este último factor avaliado com base nos seguintes subfactores: memória descritiva (10%), programa de trabalhos (10%), nota justificativa do preço, lista de preços unitários e plano de pagamentos (10%);
- Apresentaram-se ao concurso 13 concorrentes, dos quais 3 foram excluídos (Acta de 22 de Maio de 2004 da Comissão de Abertura) por não terem apresentado documentos em conformidade com o programa do concurso;
- Após leitura sumária das 10 propostas admitidas (Acta de 22 de Maio), a mesma Comissão, em reunião de 2 de Junho, deliberou admitir os 10 concorrentes e considerá-los aptos por terem demonstrado possuir capacidade económica, financeira e técnica adequada à obra;
- A Comissão de Análise das Propostas, em reunião de 23 de Julho, aprovou o seu relatório, de acordo com o qual foi deliberado ser de excluir:
  - o concorrente nº 2 por a proposta ser omissa quanto ao artigo 1.4.3. da lista de preços unitários: “*reparação geral e limpeza de pedra existente em fachadas e interior do edifício a jactos de água a 2 bar, bem como*”



*todos os trabalhos complementares*”, o que, contrariaria a alínea b) do ponto 16.1 do programa do concurso e o disposto no artigo 22º e no nº 1 do artigo 73º do Decreto-Lei nº 59/99, invocando-se ainda que aquela omissão não permitia a comparação segura entre esta proposta e as restantes;

- o concorrente nº 8 por não assegurar a direcção técnica da empreitada por um técnico com a qualificação mínima de engenheiro civil, mas por um bacharel em engenharia civil;
- Os valores das propostas dos concorrentes excluídos eram os seguintes
  - concorrente nº 2: 329.545,25 €
  - concorrente nº 8: 333.293,27 €
- A proposta de adjudicação apresentada pela Comissão de Análise recaiu no concorrente nº 3, que apresentou proposta no valor de 336.278,67 €
- O concorrente nº 8, em fase de audiência prévia, apresentou reclamação considerando que a questão da direcção técnica da empreitada era matéria a apreciar na fase de qualificação dos concorrentes, sendo requisito da capacidade técnica, e não na de análise das propostas (invocando ainda ser o interessado licenciado em engenharia civil), não tendo a reclamação sido aceite;
- A adjudicação teve lugar em 17 de Setembro de 2004, tendo o contrato sido outorgado a 6 de Outubro, dele decorrendo um encargo global de 336.278,67 € acrescido de IVA.
- Ao contrato em questão foi recusado o visto pelo acórdão nº 23/2005-9.Fev.1ªS/SS.

## 4.2. Apreciando

Sobre as questões controvertidas nos autos – (i) se um concorrente ilegalmente admitido na fase do acto público do concurso pode ser, posteriormente, excluído



## Tribunal de Contas

---

na fase de análise das propostas; e (ii) se a omissão de um item ou do respectivo preço unitário é fundamento para a exclusão da proposta – pronunciou-se recentemente o plenário da 1ª Secção deste Tribunal, por maioria, no acórdão nº 18/05-5.Jul.-1ªS/PL proferido no Recurso Ordinário nº 9/2005.

O ora relator votou, então, vencido quanto à decisão tomada relativamente à segunda questão controvertida - se a omissão de um item ou do respectivo preço unitário é fundamento para a exclusão da proposta – com os argumentos que se deixaram expressos na declaração de voto exarada. E continua fiel a esse entendimento que se pode sintetizar dizendo que a avaliação da essencialidade ou não essencialidade de um preço unitário, ou da sua ausência, cabe à comissão de análise das propostas em decisão fundamentada e tomada na observância dos princípios que regem a contratação pública e, consequentemente, na salvaguarda e defesa do interesse público.

Porém, atento o disposto no nº 3 do artº 8º do Código Civil, segue-se o entendimento que fez vencimento naquele aresto, transcrevendo a respectiva fundamentação:

*“Poderá o dono da obra, agindo a pedido da Comissão de Avaliação das Propostas, excluir qualquer concorrente, indevida e previamente qualificado pela Comissão de Abertura do Concurso, por não ter satisfeito integralmente a lista de preços unitários exigida pelo Caderno de Encargos?”*

*No acórdão recorrido desenvolve-se o raciocínio de que não tendo o concorrente Pavia – Pavimentos e Vias, S.A, sido excluído na fase do acto público do concurso, o mesmo já não podia ser excluído na fase de qualificação dos concorrentes, pelo menos pelo fundamento por que o foi – por a sua proposta, na lista de preços unitários, ser omissa quanto à actividade “Diver 57 – Horas de pessoal especializado”.*

*Será assim?*

*Entendemos que não.*



## Tribunal de Contas

---

*Assim como o entende (com exceção de alguns acórdãos recentes desta Secção em Subsecção) toda a doutrina e jurisprudência por nós conhecida, a mais significativa da qual está referida nos autos.*

*Antes de mais convém referir que a Lei, designadamente o Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março, não é expressa sobre o assunto.*

*Mas também é verdade que não tinha de o ser pois a questão afigura-se de fácil resolução face aos princípios gerais de direito, designadamente do direito administrativo.*

*Dando a palavra aos mestres, escreveu Margarida Olazabal Cabral (ainda que no âmbito da legislação anterior ao Decreto-Lei 59/99, mas a questão mantém a mesma pertinência) em “O Concurso Público Nos Contratos Administrativos”, Almedina, 1997, págs. 168 e 169:*

*“ A decisão de admissão, pelo contrário, não assume o carácter de acto definitivo recorrível, tratando-se antes de um mero acto preparatório da decisão final.*

*A posterior exclusão de um concorrente primeiramente admitido constitui um acto revogatório de um acto preparatório, que se baseará sempre na ilegalidade da admissão do concorrente, pelo facto de a Administração se ter apercebido posteriormente de alguma irregularidade na sua candidatura, de que não se apercebeu inicialmente.*

*Tal decisão de exclusão não pode deixar de ser uma decisão possível, como me parece mesmo uma decisão devida: com efeito, sendo o poder de admissão e exclusão um poder vinculado, ao aperceber-se de alguma ilegalidade cometida a entidade adjudicante não pode deixar de a reparar, evitando que a proposta do concorrente em causa seja apreciada e que eventualmente lhe seja adjudicado o contrato. Repare-se que o acto de admissão não constitui, pela sua própria natureza, quaisquer direitos para os concorrentes que dele beneficiam, tendo estes apenas o direito (ou o interesse legítimo) a que todo o procedimento decorra de acordo com a Lei e com o programa de concurso. Dever-se-á reconhecer aos concorrentes excluídos posteriormente os mesmos direitos de reclamação e*





*impugnação contenciosa atribuídos aos concorrentes excluídos no momento próprio do concurso”.*

*No mesmo sentido pode ver-se Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira em “ Concursos E Outros Procedimentos De Adjudicação Administrativa”, Almedina, 1998, págs. 470 e 471.*

*Por seu turno Jorge Andrade e Silva em “ Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas”, 8ª Edição, Almedina, 2003, a página 252 (anotação 7. ao art.92º do Decreto-Lei 59/99) escreve:*

*“ Tem-se posto a questão de saber se um concorrente admitido a concurso pode ser mais tarde dele excluído. Afigura-se-nos que a resposta não pode deixar de ser afirmativa. Ao contrário do que sucede com o acto de exclusão do concurso, a deliberação de admissão é apenas um acto preparatório da decisão final sobre adjudicação, sendo que só este acto é constitutivo de direitos, o que logo determinaria a sua livre revogabilidade, nos termos do disposto no artigo 140º do Cód. Proc. Administrativo. Assim, essa exclusão não só é legalmente possível como se impõe à entidade adjudicante”.*

*Quanto à Jurisprudência veja-se, por todos, o acórdão de 23/01/03 (Proc. 0512/02) do pleno da Secção do C.A do S.T.A., in <http://www.dgsi.pt/jsta> e de que se encontra junta cópia nos autos.*

*Voltando ao caso “sub judice”, de todo o exposto resulta que, não obstante o concorrente Pavia-Pavimentos e Vias, S.A., não ter sido excluído na fase do acto público do concurso, a sua exclusão em momento posterior, designadamente na fase de análise das propostas, era perfeitamente possível, desde que para tal existisse motivo suficiente.*

*Assim sendo, resolvida a questão adjectiva ou processual, há que resolver a questão de fundo, ou seja, se o facto da proposta do referido concorrente, na Lista de Preços Unitários, ser omissa quanto à actividade “Diver 57 – Horas de pessoal especializado”, a qual, na proposta do adjudicatário, corresponde a 0,03% do custo da empreitada, é motivo de exclusão ou não graduação.*



## Tribunal de Contas

---

*No acórdão recorrido entendeu-se que não, pelo menos nesta fase (não resulta claro, do mesmo aresto, se a exclusão seria ou não considerada correcta se tivesse ocorrido na fase do acto público do concurso), afirmando-se que "... a ausência daquele item e como tal do respectivo preço unitário na proposta do concorrente poderia ter sido tratada como preço 0, não influenciando no preço proposto (como não terá influenciado, o que seria e era fácil de concluir pela Comissão de Análise) ou como o valor médio das demais propostas."*

*Pela nossa parte entendemos de forma diferente.*

*É que, de acordo com o estipulado no art. 73º nº 2 alínea b) do citado Decreto-Lei 59/99, é imposta aos concorrentes a obrigatoriedade de instruírem as suas propostas com a lista de preços unitários, com o ordenamento dos mapas resumo de quantidades de trabalho.*

*Por seu turno o art. 94º nº 2 alínea b) do mesmo diploma é expresso no sentido de que não são admitidas as propostas que não estiverem instruídas com todos os documentos exigidos pelo nº1 do art. 73º.*

*De modo que a questão resume-se em saber se a ausência de um item e como tal do respectivo preço unitário, na lista dos preços unitários, se traduz ou não em algo de essencial.*

*A questão tem sido tratada pelos Tribunais Administrativos e tem sido decidida no sentido de que é essencial e por isso invalida a proposta, a qual deverá ser excluída. Por todos, veja-se o já indicado acórdão do Pleno da Secção do CA, de 23/01/2003, proferido no processo 0512/02.*

*Pensamos que não se justifica estar aqui a repetir, pelas mesmas ou por outras palavras, os fundamentos de tal entendimento.*

*Até porque consideramos que não é difícil de entender que a omissão em causa consubstancia algo de essencial.*

*Se atentarmos no caso "sub judice" verificamos que o preço valia 60%. O que significa que por um Euro a mais ou a menos se pode ganhar ou perder um concurso. Logo daqui se depreendendo que não podem ser seguidas as soluções*



*preconizadas no acórdão recorrido. De facto, não se pode atribuir ao item em falta o preço 0, o que seria pura ficção pois tudo tem um custo, ainda que em termos percentuais diminuto, como resulta da proposta apresentada pelo adjudicatário e, certamente, de todas as outras. Ou seja, não é minimamente credível que se o concorrente excluído não tivesse omitido tal item, omissão que é de supor que tenha ocorrido por lapso, tivesse indicado 0 como preço unitário. Por outro lado, a Comissão não podia atribuir a tal preço em falta o valor médio das demais propostas. Mais uma vez aqui estamos no mundo da ficção. É que a Comissão não pode saber que preço o concorrente atribuiria a tal item e, como dissemos, por um Euro (ou mesmo por menos) se pode ganhar ou perder um concurso. Finalmente, diga-se ainda, embora tal hipótese não conste no acórdão recorrido, que também é impensável convidar o concorrente a suprir a omissão dado que o mesmo já conhece as propostas dos outros concorrentes.*

*Do exposto se concluindo que a omissão em causa impossibilita a graduação da proposta na medida em que impede uma correcta comparação com as restantes. Solução contrária seria lesiva dos princípios fundamentais da contratação pública designadamente da igualdade, da imparcialidade, da estabilidade e da transparência, consagrados na Constituição da República e demais Leis – cfr. art's 7º a 15º e bem assim o art. 4º nº2 alínea a), todos do Decreto-Lei 197/99 de 8 de Junho. De facto, a graduação de proposta com tal omissão traduziria uma situação de favor em relação a tal concorrente e, conseqüentemente, violadora dos ditos princípios. E, ousamos mesmo afirmar, violadora do próprio princípio da concorrência. Subjacente a este princípio está a ideia de que quantos mais interessados houver em contratar mais fácil é para a entidade pública escolher a proposta mais vantajosa. Mas, para assim ser, importa que as propostas estejam bem elaboradas e, designadamente, que não lhes falte algo de essencial. Caso contrário o que hoje parece bom e barato pode a final concluir-se que não o é. Note-se, a propósito, que, no caso “sub judice”, caso a adjudicação recaísse na proposta excluída, o valor do item em falta não faria parte do contrato. Tal*



# Tribunal de Contas

---

*situação seria violadora do disposto no art. 118º nº 1 alínea e) do referido Decreto-Lei 59/99, norma de carácter imperativo. Para além disso não deixaria de mais tarde ser exigido (ou poder ser exigido) pelo adjudicatário.*

5. Pelo antes exposto, acorda-se, em Plenário da 1ª Secção, em conceder provimento ao recurso, revogar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, visar o contrato em questão.

São devidos emolumentos pelo visto [n.º 3 do artº 17º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio].

Diligências necessárias.

Lisboa, 27 de Setembro de 2005.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)

(Cons. Lídio de Magalhães)

(Consª. Helena Lopes)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)



# Tribunal de Contas

---