



***Mantido pelo acórdão nº 26/06, de 26/04/06, proferido no recurso nº 16/06***

## ***Acórdão nº 38 /06 – 7.FEV.06 – 1ªS/SS***

### **Processo nº 2654/05**

A Câmara Municipal de Esposende celebrou com a empresa “Monte & Monte, S.A.” um contrato de empreitada referente a “Arranjo Urbanístico da Frente Marítima de Apúlia – Arranjos Exteriores” pelo preço de 2 174 900,00€, a que acresce o IVA.

É a seguinte a matéria de facto relevante:

1. A celebração do contrato foi precedida de concurso público publicitado no Diário da República, III Série, de 25/01/2005, e nos jornais “O Comércio do Porto” e “Diário do Minho”, ambos de 11/02/2005;
2. Na alínea a) do n.º 6.2 do programa de concurso exigiu-se que os concorrentes possuissem alvará de \* Empreiteiro geral de Obras de Urbanização, em classe correspondente ao valor da proposta para o grupo A – Arranjos Exteriores do Mapa de Quantidades;



\* Empreiteiro geral de Edifícios de Construção Tradicional, de classe correspondente ao valor da proposta para o Grupo B – Aprestos do Mapa de Quantidades; e

\* 5<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> subcategorias da 1<sup>a</sup> categoria; a 8<sup>a</sup> subcategoria da 2<sup>a</sup> categoria e a 1<sup>a</sup> subcategoria da 4<sup>a</sup> categoria que deverão corresponder aos valores dos trabalhos especializados que lhes respeitam);

3. No n.º 20 do mesmo programa e sob a epígrafe “Critérios de apreciação das propostas” dispôs-se:

“Os critérios de apreciação das propostas serão os abaixo indicados, por ordem decrescente de importância e segundo o seu valor percentual:

- a) Preço – 50%
- b) Garantia de boa execução – 40%
- c) Prazo de execução – 10%

a) No que respeita à classificação inerente ao preço será atribuída a classificação máxima de 5 à proposta de mais baixo preço, obtendo-se as restantes por proporção inversa.



b) No que respeita à classificação inerente à garantia de boa execução, será atribuída a classificação máxima de 5 e mínima de 1 a cada subfactor, sendo a classificação neste factor obtida pela média pesada, de acordo com o grau percentual abaixo indicado para cada subfactor.

b1) Memória descritiva e justificativa da execução da obra – 10%.

b2) O pessoal técnico a afectar à obra, valorizado com os curriculum do director da obra e do encarregado geral – 30%.

b3) O pessoal operário a afectar à obra – 30%.

b4) O equipamento a afectar à obra, valorizado com base no número e tipo de equipamento proposto para os diferentes trabalhos – 30%.

c) à proposta de mais baixo prazo (quando razoável) será atribuída a classificação máxima de 5, obtendo-se as restantes classificações por proporção inversa.”



# Tribunal de Contas

---

4. Foram apresentadas a concurso propostas de 10 concorrentes, entre as quais as de “Monte & Monte S.A.”, no valor de 2 174 900,00€ e de “Obrecol, S.A.”, no valor de 2 158 000,00€
  
5. Do “Relatório sobre a Avaliação da Capacidade Financeira, Económica e Técnica dos Concorrentes” de 3/6/2005, consta explicitamente que todos os concorrentes foram considerados aptos para a execução da obra em causa nomeadamente nos seguintes items (cfr. Anexo): “Adequação dos técnicos e dos serviços técnicos, estejam ou não integrados na empresa, a afectar à obra”; “Adequação do equipamento e da ferramentas especial a utilizar na obra, seja próprio, alugado ou sob qualquer outra forma, à sua exigências técnicas”;
  
6. Em outro quadro anexo constam os valores de avaliação de “grau de cobertura do imobilizado” dos concorrentes, entre os quais os de “Monte & Monte”, que são os seguintes: 106, 91, 113 e 103, respectivamente para os anos de 2001, 2002, 2003 e média de tais anos;
  
7. No n.º 18.3 estabeleceu-se que: “A fixação de critérios de avaliação da capacidade financeira e económica dos concorrentes para a execução da obra posta a concurso deverá ser feita com base no



quadro de referência constante da portaria em vigor publicada ao abrigo do art.º 8.º do Dec-Lei n.º 61/99, de 2 de Março, não podendo ser excluído nenhum concorrente que apresente cumulativamente e no mínimo os valores do quartil inferior previstos nessa portaria”;

8. No mapa I Anexo (Análise do factor preço) atribuiu-se a classificação de 5,0 do concorrente “Obrecol, S.A.” e a classificação de 4,96 ao concorrente “Monte & Monte S.A.”;
9. A fundamentação para estas classificações é fornecida nos seguintes termos (cfr. 2.1 do Relatório), reproduzindo o que estava no Programa (cfr., supra, n.º 3):

“Assim, foi atribuída a classificação máxima de 5 à proposta mais baixa, obtendo-se a classificação dos restantes por proporção inversa”;
10. A diferença de preços entre a proposta de preço mais elevado (“Amândio Carvalho, S.A.” – 2 482 786,87€) e a de preço mais baixo (“Obrecol, S.A. – 2 158 000,00€) é de 324 786,00€ e traduziu-se, nesta avaliação, em 0,65 (ou seja a diferença entre a pontuação máxima e a mínima no factor preço:  $5,00 - 4,35 = 0,65$ );



# Tribunal de Contas

---

11. Já quanto à garantia de boa execução e invocando, no relatório, uma vez mais apenas o que se acha transcrito em 3, chegou-se ao mapa II anexo ao relatório de que se extrai terem os concorrentes “Monte & Monte S.A.” e “Obrecol, S.A.” obtido as seguintes pontuações:

Concorrentes	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Monte & Monte	4	5	4	4	4,30
Obrecol	4	4	4	4	4

uações:

- (1) Memória descritiva e justificativa da execução da obra (10%);
- (2) Pessoal técnico a afectar à obra (30%);
- (3) Pessoal operário a afectar à obra (30%);
- (4) Equipamento a afectar à obra (30%);
- (5) Classificação.

12. No que diz respeito ao prazo de execução ambos os referidos concorrentes obtiveram a pontuação máxima (5);

13. De acordo com o Mapa IV anexo ao relatório e na sequência do que se referenciou, obteve a Comissão a média ponderada de 4,70 para



# Tribunal de Contas

---

“ Monte & Monte” e de 4,60 para “Obrecol” que alcançaram, respectivamente, as primeira e segunda posições e de que resultou a adjudicação à primeira das empresas.

\* \* \* \*

## I

Nos termos do art.º 80.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3, as obras são postas a concurso público mediante publicação de anúncio.

Por seu turno, o art.º 52.º, n.º 1, do mesmo diploma diz que “sempre que a lei exija a publicação de algum acto, a mesma será feita na III Série do Diário da República, num jornal de âmbito nacional e num jornal de âmbito regional da área territorial onde a obra deva ser executada”.

Conforme se extrai da matéria de facto apurada não ocorreu a publicação do anúncio em nenhum jornal de âmbito nacional uma vez que, como tal, não pode ser considerado nenhum dos periódicos indicados.

Como é sabido, a publicidade é essencial para os concursos públicos. E, onde o legislador indicar taxativamente a publicidade mínima para os procedimentos não pode a Administração optar discricionariamente por outro tipo de divulgação.



# Tribunal de Contas

---

A restrição de publicidade, como é sabido, é susceptível de provocar enfraquecimento da concorrência, sendo que este enfraquecimento pode originar o agravamento do resultado financeiro do contrato, o que integra o fundamento de recusa de visto constante da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26/8.

## II

Nos termos do n.º 1 do art.º 31.º do Dec-Lei n.º 12/2004, de 9/1, nos concursos de obras públicas “deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra”.

De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, a habilitação de empreiteiro geral “desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global” dispensa aquela exigência.

Este é o regime legal actualmente em vigor por muito que a solução possa eventualmente considerar-se menos adequada.

Assim, as exigências formuladas no presente concurso são ilegais e, em si mesmas, cerceadoras da concorrência, com as mesmas consequências já vistas a propósito do vício acima referido, pelo que, também aqui, ocorre o fundamento de recusa de visto já anteriormente considerado.



## III

De acordo com o n.º 18.4 do programa do concurso exigiu-se para admissão ao concurso – de resto em conformidade com o programa-tipo em vigor – a “adequação do equipamento e da ferramenta especial a utilizar na obra, seja próprio, alugado ou sob qualquer outra forma, às suas exigências técnicas” – al. b), sublinhado nosso – e a “adequação dos técnicos e serviços técnicos, estejam ou não integrados na empresa, a afectar à obra” – al. c), idem.

Isto é, o equipamento e o pessoal técnico que são exigidos e avaliados em sede de admissão de propostas são os exigidos para a obra que está sob concurso e não para qualquer outra, como é de todo óbvio e não poderia deixar de ser.

De nada vale, portanto, argumentar que num primeiro momento – qualificação dos concorrentes – se está avaliando a capacidade em geral e num momento posterior – análise das propostas – capacidade para aquela obra específica.

Assim, ao voltar a apreciar-se – ao menos parcialmente –, agora em sede de valoração das propostas, aquilo que já fora avaliado em sede de admissão de concorrentes, está a violar-se frontalmente no n.º 3 do art.º 100.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3.

Refira-se ainda, de passagem, que, nos casos em que estejamos perante obras de “elevada complexidade técnica, especialização e dimensão” poderão ser



# Tribunal de Contas

---

estabelecidos critérios mais exigentes para admissão a concurso (cfr. n.º 19.5 do programa-tipo aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21/2), o que, porém, não foi o caso.

Como é sabido, a indevida e ilegal consideração de factores atinentes à capacidade dos concorrentes em sede de avaliação de propostas é susceptível de perturbar as operações tendentes ao apuramento da melhor proposta, podendo daí resultar a adopção de uma proposta menos vantajosa, com o subsequente agravamento do resultado financeiro do contrato e com as consequências já expostas.

## IV

Mas, acerca deste ponto, não está dito tudo.

Como é patente do resultado dos trabalhos da Comissão de Avaliação, o único item em que o concorrente “Monte & Monte” suplantou o concorrente “Obrecol, S.A.” foi o respeitante ao “pessoal técnico a afectar à obra” pelo que foi apenas este “item”, e não qualquer outro, que catapultou aquele concorrente para o primeiro lugar.



# Tribunal de Contas

---

Sucedede que a proposta que assim foi guindada à condição de adjudicada apresentava um preço superior em 16 900,00€ em relação à do concorrente relegado para o 2.º lugar.

Daqui resultou, portanto, não a simples possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato mas um concreto prejuízo para a autarquia, assim se constituindo, uma vez mais, o fundamento de recusa de visto previsto na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, já citada.

## V

De acordo com o art.º 66.º, n.º 1, al. e) do Dec-Lei n.º 59/99, o programa de concurso deve definir “um critério de adjudicação de empreitada, com indicação dos factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação”.

Por seu turno, o n.º 2 do art.º 100.º do mesmo diploma refere que “a comissão de análise das propostas deve elaborar um relatório fundamentado sobre o mérito das propostas, ordenando-as 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 de concurso”.



# Tribunal de Contas

---

As presentes disposições servem, além do mais, para dar guarida aos princípios da transparência, da publicidade e da boa-fé (cfr. art.ºs 8.º, n.º 1 e 2 e 13.º, n.º 2 do mesmo diploma), que são essenciais à ideia de concurso público.

Nem do programa, nem do relatório, logra perceber-se qual a razão que leva a que uma diferença de preço de 16 900,00€ entre propostas é valorizada em 0,04 (quatro centésimos!) na respectiva classificação; ou que, mesmo a diferença entre a proposta de preço mais elevado e a de menor preço (324 786,8€), não consiga erguer-se, em termos de pontuação, além de uns escassos 0,65 (menos de 2/3 de uma unidade!).

Isto no factor preço que era suposto ser o mais relevante. Mas no subfactor pessoal técnico a afectar à obra – embora ilegal, como se viu (e, por outro lado, sem qualquer referência justificativa no relatório) – já se logrou conseguir uma unidade “redonda” (1,0) e, com isso, até suplantar a aludida diferença de preço.

É que referindo-se embora, no programa, que a classificação era 5 “para a proposta de mais baixo preço, “obtendo-se a classificação dos restantes por proporção inversa”, não se percebe, nem das regras do concurso, nem da fundamentação, quais são as constantes da proporção ou seja, qual o factor que, aplicado sobre os valores das propostas, permite chegar às pontuações apresentadas.



# Tribunal de Contas

---

Nem tão pouco se enunciou no programa (ou sequer no relatório, ao menos) qual a pontuação mínima, ficando assim completamente por explicar por que razão as pontuações no factor preço oscilam entre 4,35 e 5 e não, por exemplo, entre 1 e 5 ...

A completa ausência de regras claras para a classificação, desacompanhada de qualquer fundamentação, torna estas operações completamente inidentificáveis com o conceito de concurso público, prestando-se, de resto, às mais grosseiras manipulações.

## VI

Deve referir-se ainda que o concorrente “Monte & Monte, S.A.” foi indevidamente admitido a concurso.

Na verdade, o n.º 18.3 do Programa remetia necessariamente, em matéria de avaliação da capacidade económica e financeira, para a Portaria n.º 1547/2002, de 24/12, uma vez que, à data da abertura do concurso, a Portaria n.º 994/2004, de 5/8, não estava em vigor (nem existia, obviamente, a declaração fiscal referente a 2004).

Assim – e, aqui, bem – a Comissão procedeu à análise da capacidade económica e financeira com base nos anos de 2001, 2002 e 2003 e utilizando três indicadores, entre os quais o referente ao “grau de cobertura do imobilizado”. O



# Tribunal de Contas

---

resultado dessa análise encontra-se nos quadros anexos ao respectivo relatório e por eles se vê que, quer em 2003, quer na média dos 3 anos, o indicador referente à referida “cobertura do imobilizado”, no que respeita ao concorrente adjudicatário, não atinge o mínimo do quartil inferior (que era de 120,45), pelo que não devia ter sido admitido a concurso.

E de nada vale dizer, obviamente, que o concorrente foi admitido porque tinha alvará. O argumento é incongruente (se o alvará era bastante para quê avaliar os concorrentes?) e só pode relevar de uma concepção em que o concurso público é encarado como um mero conjunto de rituais sem utilidade ou de formalismos sem sentido.

## VII

Pode afirmar-se, com Afonso Queiró (citado em Margarida O. Cabral, “O Concurso Público nos Contratos Administrativos”, pág. 84, nota) que “a ideia de igualdade – a ideia-chave de todo o concurso público – obriga a moldar o seu processo em termos que garantam a todos os concorrentes uma perfeita e absoluta igualdade de tratamento. E desdobra-se, nomeadamente, em duas regras práticas fundamentais: as condições de admissibilidade devem ser escrupulosamente as mesmas para todos os interessados e, por outro lado, a adjudicação deve ser feita ao proponente, regularmente admitido, que tiver apresentado a oferta mais vantajosa



# Tribunal de Contas

---

para os interesses públicos cometidos pela lei ao zelo e cuidado da Administração. É claro que o manejo prático destas duas regras básicas implica a prévia definição em termos gerais, de um mínimo de critérios objectivos fixos que permitam ajuizar da habilitação dos concorrentes e comparar imparcialmente o merecimento das ofertas feitas por cada um deles. Se esse mínimo de critérios formalizados, praticamente manuseáveis, não seria possível estabelecer, na realidade das coisas, uma efectiva igualdade de oportunidades, necessária à concorrência leal que o concurso público, segundo a sua intenção originária, procura estimular entre as empresas interessadas.”

## VIII

As violações da legalidade que ocorreram no presente procedimento – tais como, entre outras, a falta de observância das normas de admissão a concurso, a utilização de subfactores ilegais, o recurso na sua aplicação a regras impossíveis de deduzir, mesmo “a posteriori”, a carência total de vestígios de fundamentação – são de tal modo graves e atingem tão decisivamente os princípios fundamentais da contratação pública que, em rigor, fazem com que possamos dizer não ter existido um concurso público.

Ora, a omissão do concurso, quando obrigatório é causa de nulidade do procedimento (cfr., entre outros, Acórdão n.º 8/2004, deste Tribunal) por falta de elemento essencial, (art.º 133.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo) a



# Tribunal de Contas

---

qual se transmite ao contrato (art.º 185.º, n.º 1, do mesmo Código) e integra o fundamento de recusa de visto previsto na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97.

## IX

Verificam-se assim, conforme se deixou exposto, ilegalidades que integram os fundamentos de recusa de visto constantes das alíneas a) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26/8.

Termos em que se decide a recusa de visto.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 7 de Fevereiro de 2006.

Os Juízes Conselheiros,

Lídio de Magalhães

Helena Lopes

Ribeiro Gonçalves



# Tribunal de Contas

---

O Procurador-Geral Adjunto