



ACÓRDÃO Nº 21/09 – 2.Junho.09 – 1ªS/PL

Recurso Ordinário nº5/2008-R

Processo nº 1538/07

Descritores:

1. Mapas-resumo de quantidades de trabalhos
2. Lista dos preços unitários
3. Falta de elemento em mapas-resumo de quantidades de trabalhos e em lista de preços unitários
4. Nulidade
5. Elemento essencial cuja falta gera nulidade
6. Recusa de visto por nulidade resultante de falta de elemento essencial
7. Artigo 133º nº1 do Código do Procedimento Administrativo

Sumário:

1. O acto de adjudicação de empreitada de obra pública é nulo quando a lei determina expressamente essa forma de invalidade, por estar verificada uma hipótese normativa.
2. O acto de adjudicação de empreitada de obra pública é igualmente nulo quando faltar elemento essencial na sua formação.
3. São elementos essenciais os que, constando de tipologia fixada na lei, esta lhes atribui expressamente características de imprescindibilidade ou de essencialidade, no processo de formação do acto.
4. São igualmente essenciais aqueles elementos que, embora não constem de tipologias fixadas na lei, têm características de essencialidade para a boa formação do acto. Neste caso, a apreciação é feita em concreto perante o elemento em falta e o seu grau de essencialidade para a boa formação do acto de adjudicação.
8. O mapa-resumo de quantidades de trabalhos e a lista dos preços unitários são elementos essenciais para a formação de acto adjudicatório de empreitada de obra pública. A sua ausência fere de nulidade o acto de adjudicação e, por isso, é fundamento de recusa de visto ao contrato que o concretiza.
9. A falta de elemento ou de elementos no mapa-resumo de quantidades de trabalhos e na lista dos preços unitários só gera nulidade se, a avaliação que dele ou deles for feita, em concreto, na empreitada em que se inserem, concluir que se trata de elemento que, no plano físico ou financeiro, tem uma importância decisiva, estrutural ou indispensável para a boa execução dos trabalhos da empreitada.



ACÓRDÃO N° 21 /09 – JUN-09/1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 5/2008

(Processo n°1538/07)

I - RELATÓRIO

1. Por este Tribunal foi proferido o acórdão de subsecção n° 19/2008, que concedeu o visto com recomendação ao contrato de empreitada de “Reabilitação da Antiga Fábrica dos Leões – Complexo de Arquitectura e Artes Visuais da Universidade de Évora”, celebrado em 4 de Dezembro de 2007, entre a Universidade de Évora e a Sociedade Arlindo Correia & Filhos, S.A., pelo valor de 3.581.680,00 €, acrescido de IVA, à taxa legal aplicável.
2. O visto foi concedido com base no disposto na alínea c) do n° 3 e no n° 4 do artigo 44° da LOPTC¹, com a recomendação de a entidade adjudicante dar *“cumprimento, em empreitadas futuras, do que se encontra estatuído no disposto no n.º 2 do art.º 14.º do DL 197/99, de 8 de Junho, que diz o seguinte:*
“Nos procedimentos em que não esteja prevista qualquer negociação, as propostas apresentadas pelos concorrentes são inalteráveis até à adjudicação”,
bem como do que se encontra estatuído no n.º 1 do art.º 52.º do DL 59/99, de 2 de Março, no art.º 10.º, n.º 1, do DL n.º 12/2004, de 9/1 e Portaria n.º 994/2004, de 5/8”.
3. Com relevância para a presente decisão, refira-se que o acórdão recorrido considerou que, no procedimento, foi violado o princípio de estabilidade das propostas porque, após a audiência prévia para a decisão de adjudicação, perante a omissão de um elemento do mapa de trabalhos e quantidades, um concorrente – no caso o adjudicatário – esclareceu que

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n° 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n°s 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



os trabalhos relativos a tal elemento estavam considerados no valor global da sua proposta e tal esclarecimento foi aceite.

4. Não se conformando com a decisão, interpôs recurso o Ministério Público, em bem fundamentada petição que conclui no sentido de o acórdão recorrido dever ser revogado e substituído por outro que recuse o “visto” ao contrato.
5. O pedido formulado e a argumentação expendida são, no essencial, os seguintes:
 - a) O recurso é restrito à matéria de direito no que respeita à descrição factual constante das alíneas F) e G) do probatório²;
 - b) Refere-se na alínea F) do probatório do acórdão recorrido:

“F) Resulta, ainda dos autos - nomeadamente, da exposição em sede de audiência prévia de um dos opositores ao concurso, assim como da respectiva apreciação por parte da entidade adjudicante - que, na proposta posicionada em primeiro lugar, se encontrava omissa o Capítulo 2C Especificações Técnicas – Áreas Técnicas da Estrutura Fase 1, do mapa de trabalhos e quantidades, constante dos elementos patenteados a concurso.”

E na alínea G):

“G) A entidade adjudicante entendeu manter a posição de admissão da proposta (à qual veio a ser adjudicada a empreitada) com os seguintes argumentos:

“Da análise do projecto de decisão verifica-se que é de 3.581.680,00 € o valor da proposta de Arlindo Correia & Filhos, S.A., posicionado em primeiro lugar.

O valor médio do PT no conjunto das demais propostas é de 8.000,00 €. Tal significa que mesmo que se adicionasse este preço ao valor da proposta do concorrente posicionado em primeiro lugar e aplicado o critério de adjudicação fixado no ponto 21.2 do caderno de encargos, sempre a proposta seria de montante inferior ao concorrente posicionado em

² No seu requerimento, o Ministério Público não reproduziu estas alíneas, o que se faz a seguir para melhor compreensão da decisão.



segundo lugar, assim se mantendo a classificação constante do ponto 2.3.1 do Relatório desta Comissão.

Porém, em sede de apreciação das propostas, em 5 de Novembro o Júri solicitou ao concorrente Arlindo Correia & Filhos, S.A., esclarecimento sobre a omissão do preço do PT. Em resposta recebida em 6 de Novembro a empresa Arlindo Correia & Filhos, S.A., veio esclarecer, sob compromisso, que assumia que os trabalhos de estruturas relativas ao posto de transformação definidos na página 000884 do processo de concurso estão considerados no valor global da sua proposta.

Assim, caem por base os receios de a omissão supra referida poder vir a ter influência no valor real da proposta. Nestes termos, a Comissão delibera manter a respectiva decisão constante da acta de 7 de Novembro”;

- c) O acórdão recorrido considerou, esta matéria, **apenas** como a prática de uma ilegalidade, por violação do disposto no nº 2 do artigo 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho (violação do “**princípio da estabilidade**” das propostas), aplicável, às empreitadas de obras públicas, por força do disposto no artigo 4º, do mesmo diploma legal;
- d) Em consequência disso, veio a conceder o “Visto com recomendações”, ao aludido contrato, por ter considerado, que a ilegalidade verificada não se teria traduzido numa efectiva alteração do resultado financeiro do contrato — isto, não obstante a empreitada ter sido adjudicada, ao concorrente “Soc. Arlindo Correia e Filhos S.A.”, justamente aquele em que ocorreu a apontada ilegalidade;
- e) A questão de direito, subjacente ao presente recurso, não é nova, neste Tribunal, tendo sido objecto de outras decisões **em sentido divergente** daquela que foi assumida por este Acórdão — e, daí, a razão principal da interposição do presente recurso, em homenagem ao princípio da unidade e coerência da jurisprudência do Tribunal de Contas (cfr. artº. 8º nº 3 do Código Civil);
- f) Cita, entre outras, especialmente, os Acórdãos da 1ª Secção (ambos em sessão plenária), tirados nos Recursos Ordinários nº 09/2005, de 5 de Julho (Processo nº 2960/04) e nº 05/2005, de 27 de Setembro (Processo nº 2205/04), o primeiro dos quais por intervenção, directa, do Ministério Público, como recorrente;
- g) Assinala que, no fundamental, a questão de direito, analisada nesses arestos, foi a mesma que esteve em causa nos presentes autos, a qual



consistia em saber qual a ilegalidade (e suas consequências) resultante da omissão de um “item” no mapa de trabalhos e quantidades, constantes dos elementos patenteados a concurso e, conseqüentemente, da respectiva menção do seu preço unitário — criando uma situação de desigualdade, em termos da possibilidade de apreciação das propostas de todos os concorrentes (entre aqueles que haviam cumprido o preenchimento da totalidade dos “itens”, relativamente àqueles em que isso não tinha sucedido), conduzindo, mesmo, à própria invalidade da proposta incompleta;

- h) Refere que pode afirmar-se, com suficiente certeza e segurança, que ambas as decisões firmaram jurisprudência, neste Tribunal, no sentido de considerar, a apontada ilegalidade (omissão de um “item” no mapa de trabalhos e de quantidades), como suficiente para conduzir à invalidade da respectiva proposta, porque violadora dos princípios fundamentais de contratação pública, traduzido numa situação de favor em relação ao concorrente em causa que, aliás, neste caso, até foi o vencedor do concurso e o conseqüente adjudicatário da presente empreitada;
- i) Assinala que em ambos os acórdãos citados, se fazem referências a diversa jurisprudência da jurisdição administrativa, no mesmo sentido que foi, então, consagrado, mas do qual a presente decisão divergiu, ao considerar, que **apenas** estava em causa a violação do “**princípio da estabilidade**”, quando, na verdade, esta situação coloca em causa, também, outros princípios da contratação pública, referidos nas aludidas decisões;
- j) Por conseguinte, não tendo o concorrente, em causa, sido excluído do concurso, como deveria suceder, se acaso as entidades, legalmente competentes, tivessem dado cumprimento aos dispositivos legais, aplicáveis ao caso e à jurisprudência do Tribunal, questiona sobre a consequência jurídica da admissão de um tal concorrente e, ainda para mais, da adjudicação, que lhe foi feita, da presente empreitada, pese embora a ilegalidade praticada;
- k) Considera, de acordo com a melhor jurisprudência (incluindo a dos Tribunais Administrativos), que a ausência de um “item” na lista de preços unitários, se traduz na omissão de algo de essencial para a contratação pública, já que impossibilita a graduação da proposta, na medida em que impede uma correcta comparação com as restantes (princípio da comparabilidade das propostas);
- l) Entende, com efeito, que a graduação de uma proposta com tal omissão, traduz-se numa situação de favor, em relação a tal concorrente e, conseqüentemente, violadora dos princípios da



igualdade, da imparcialidade, da estabilidade, da transparência e, mesmo, da própria concorrência; note-se, que tendo a adjudicação recaído, justamente, na proposta vencedora, o valor do “item” em falta não ficou a fazer parte do contrato — situação essa violadora do disposto no artigo 118º, nº 1, alínea e) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março;

- m) Nesta conformidade, entende, salvo melhor opinião, de que deveria ter sido recusado o “Visto”, ao presente contrato, com fundamento no disposto na al. a) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, conjugado com o disposto nos artigos 133º, nº 1 e 134º do C.P.A. atenta a essencialidade do elemento preterido, que conduz ao vício assinalado;
- n) E conclui:
- i. O adjudicatário, identificado no Processo e Contrato “sub júdice”, omitiu um “item”, no respectivo mapa de trabalhos e quantidades, constante dos elementos patenteados a concurso;
 - ii. Tal omissão, não foi devidamente avaliada, pelo júri do concurso, em termos de considerar, a essencialidade desse elemento, na proposta do candidato e, por isso, ele não foi excluído, devendo sê-lo;
 - iii. Resulta da jurisprudência administrativa e do próprio Tribunal de Contas, que tal omissão constitui uma ilegalidade, essencial e insuperável, violadora de diversos princípios da contratação pública, sendo certo que esse “item” não ficou a fazer parte do contrato, podendo vir a ser exigido pelo adjudicatário, se for caso disso;
 - iv. A ilegalidade cometida conduz à nulidade da adjudicação e à necessária recusa do “Visto”, nos termos do disposto na al. a) do nº 3 do artº. 44º da Lei nº 98/97 de 26/08, conjugado com o disposto nos artigos 133º e 134º do Código do Procedimento Administrativo (CPA);
 - v. Nestes termos, o contrato não deveria ter sido “visado” (ainda que com recomendações), pelo Tribunal, com base no disposto na al. c) do nº 3 e no nº 4 do artº. 44º da Lei citada.
 - vi. Ocorreu vício de violação da Lei, pelo que a douta decisão, ora impugnada, deverá ser substituída por outra, que recuse o “Visto”, a este contrato, nos termos supra referidos.



Tribunal de Contas

6. O recurso foi admitido. Notificada para se pronunciar, nos termos do nº2 do artigo 99º da LOPTC, a Universidade de Évora veio, no essencial, dizer o seguinte:
- a) *O “acórdão recorrido entendeu, e bem, que não ocorreu qualquer alteração efectiva do resultado financeiro do contrato”;*
 - b) *“Ora, é a defesa das «contas» e do interesse público que se visa com a tutela do Tribunal de Contas”;*
 - c) *“Daí que o Acórdão recorrido tenha tido esse objectivo primordial;*
 - d) *“Deverá, conseqüentemente, manter-se”.*
7. Foram colhidos os vistos legais.
8. A matéria de facto não foi objecto de qualquer contestação e o recurso circunscreve-se à matéria de direito. Contudo, para boa compreensão do que está em causa, para além dos factos acima constantes do nº 1, relembrem-se os seguintes que subjazem à decisão a tomar:
- a) O contrato celebrado foi precedido de concurso público;
 - b) Nos termos dos documentos do concurso a adjudicação é feita à proposta economicamente mais vantajosa, utilizando-se como factores de ponderação, o preço da proposta (60%), o prazo (10%), e a valia técnica da proposta (30%) e, este, aplicado com uso de subfactores (memória descritiva e justificativa, programa de trabalhos, plano de mão-de-obra e plano de equipamento);
 - c) Apresentaram-se a concurso 8 concorrentes, tendo todos sido admitidos;
 - d) Elaborado o relatório de avaliação das propostas, foi este transmitido aos concorrentes para efeitos de audiência prévia, tendo um dos concorrentes preteridos suscitado a questão de, na proposta adjudicatária, não se prever no mapa de trabalhos e quantidades um dos elementos previstos nos documentos concursais³;
 - e) É na sequência de tal pronunciamento que a comissão de avaliação das propostas toma a decisão de manutenção de admissão da proposta após o concorrente adjudicatário ter esclarecido que assumia os trabalhos das estruturas e que estes estavam considerados no valor

³ O relativo ao “Capítulo 2C Especificações Técnicas – Áreas Técnicas da Estrutura Fase 1”, como acima se refere na alínea b) do nº5. Veja-se, contudo na mesma alínea, mais abaixo, que a entidade adjudicante o explicita como “PT” (posto de transformação) mas, mais abaixo também, como “estruturas relativas ao posto de transformação”. De facto, o referido elemento em falta diz respeito a estas estruturas de construção civil relativas ao posto de transformação.



global da sua proposta, como traduzem as alíneas F) e G) do probatório (vide acima as alíneas a) e b) do nº5).

9. Como também acima se disse, o acórdão recorrido considerou ter havido, com a decisão referida na alínea anterior, violação do princípio da estabilidade das propostas. Em síntese, a fundamentação apresentada foi a seguinte:

- a) Com o esclarecimento prestado pelo concorrente, a omissão constante da proposta da sociedade adjudicatária foi considerada suprida pela comissão de análise das propostas;
- b) Dispõe o nº 2 do art.º 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, sob a epígrafe “Princípio da estabilidade”, aplicável às empreitadas de obras públicas, por força do art.º 4.º do referido diploma que “[n]os procedimentos em que não esteja prevista qualquer negociação, as propostas apresentadas pelos concorrentes são inalteráveis até à adjudicação”;
- c) O princípio da estabilidade das propostas decorre de um princípio fundamental do direito dos concursos, o da concorrência entre concorrentes, pretendendo-se com o mesmo significar que com a entrega da proposta o concorrente fica vinculado a ela e, conseqüentemente, já não a pode retirar ou modificar até que seja proferido o acto de adjudicação;
- d) Na verdade, caso se permitisse a sua alteração, estar-se-ia, por essa via, a violar o princípio da igualdade, sendo certo que a igualdade de todos os concorrentes em matéria de condições de acesso formais e materiais, é ela própria um instrumento/manifestação do princípio da concorrência;
- e) Diz, a propósito Marcelo Rebelo de Sousa⁴, o princípio da igualdade postula que “as propostas sejam apreciadas tal como são” não podendo recair “sobre outra realidade que não seja a constituída pelas propostas dos concorrentes, tal como elas foram formuladas”, e que permitir tal reformulação “ainda que a pretexto de facilitar ou permitir a respectiva comparação” sempre se consubstanciaria na violação do princípio da igualdade;
- f) Com efeito, e tal como se refere no Acórdão do Tribunal de Justiça (Acórdão “Bus Wallons”), de 25 de Abril de 1996, Proc. n.º C-87/94, Col., 1996, p.I-2043, “o procedimento de comparação das propostas seguido pela entidade adjudicante deve respeitar, em todas as suas

⁴ Remeteu-se para “Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, 1994, Lex, pág. 74 e segs.



fases, tanto o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes como o princípio da transparência”;

- g) Ou seja, sendo a avaliação comparativa objectiva das propostas o objectivo último do concurso – a escolha da “melhor” proposta – mostra-se plenamente justificada a regra⁵ de que as propostas são inalteráveis até à adjudicação (ressalvadas ficam os procedimentos em que esteja prevista alguma espécie de negociação);
- h) No caso dos autos, a proposta da sociedade adjudicatária foi objecto de alteração, alteração essa aceite pela comissão de análise das propostas e, sequencialmente, pela entidade adjudicante;
- i) Ocorreu, pois, uma manifesta violação do disposto no n.º 2 do art.º 14.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e, por essa via, dos princípios da igualdade e da comparabilidade das propostas dos concorrentes, princípios esses que mais não são do que manifestações/instrumentos do princípio da concorrência;
- j) Referiu-se, contudo, que os autos não fornecem elementos suficientes que permitam concluir por uma relação de causa/efeito entre as ilegalidades apontadas e a alteração efectiva do resultado financeiro do contrato.

- 10.** A questão fundamental suscitada no recurso, pode enunciar-se sinteticamente pela forma seguinte: a omissão de um “item”, no mapa de trabalhos e quantidades, da proposta adjudicatária, constitui falta de um elemento essencial, conduzindo à nulidade do acto de adjudicação e à necessária recusa do “Visto”, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC, conjugado com o disposto nos artigos 133º e 134º do CPA?

II – FUNDAMENTAÇÃO

- 11.** Tendo o requerimento apelado a decisões deste Tribunal em apoio à sua tese⁶, impõe-se lembrá-las⁷.

⁵ Anotou-se que o n.º 2 do art.º 14.º do DL 197/99 tem natureza verdadeiramente estatutária.

⁶ Vide acima a alínea f) do n.º 5.

⁷ Deve contudo também lembrar-se que outras decisões foram tomadas que não sufragam o entendimento de que a ausência de elementos de mapas de quantidades e trabalhos fere o acto de nulidade. Vejam-se designadamente os acórdãos n.ºs 76/2004, 161/2004, 9/2005, 35/2005, 40/2005, 54/2005, 77/2005, 81/2005, 86/2005 e 103/2005.



12. No Acórdão n° 18/05-5 Julho – 1ªS/PL⁸, proferido no recurso ordinário n°9/2005, no processo n° 2960/2004, expõe-se, no essencial, o seguinte:
- a) De acordo com o estipulado no artigo 73° n° 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;
 - b) Por seu turno, o artigo 94° n° 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 n°1 do artigo 73°.
 - c) 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;
 - d) 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 excluída⁹;
 - e) Não é difícil de entender que a omissão em causa consubstancia algo de essencial;
 - f) Atentando-se no caso então “sub judice”, verifica-se 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 podiam ser seguidas as soluções preconizadas no acórdão então 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

⁸ O acórdão decidiu conceder o visto a contrato, recusado em primeira instância com o fundamento, entre outros, de ter sido excluído concorrente cuja proposta tinha omitido elemento na lista de preços unitários. A decisão do recurso considerou pois que a exclusão tinha sido legalmente conforme.

⁹ Remete para o acórdão do Pleno da Secção do CA, de 23/01/2003, proferido no processo 0512/02.



impensável convidar o concorrente a suprir a omissão dado que o mesmo já conhece as propostas dos outros concorrentes;

- g) Do exposto se concluiu 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. artigos 7º a 15º e, bem assim, o artigo 4º, nº2, alínea a), todos do Decreto-Lei 197/99 de 8 de Junho. A graduação de proposta com tal omissão traduziria uma situação de favor em relação a tal concorrente e, conseqüentemente, violadora dos ditos princípios. E igualmente 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 afinal concluir-se que não o é;
- h) Referiu-se, a propósito, que, no caso então “sub judice“, caso a adjudicação tivesse recaído na proposta excluída, o valor do item em falta não faria parte do contrato. Tal situação seria violadora do disposto no artigo 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.

13. Não deve ocultar-se o facto de o acórdão, referido no número anterior, ter contado com duas declarações de voto:

- a) Uma, de vencido, em que se referiu: *“(...) a omissão do referido item não se assume como essencial para a análise e comparabilidade das propostas. (...) [P]orque não é essencial deveria a comissão de análise mandar corrigir a proposta suprimindo-se a referida omissão. E essa correcção não poria em causa os princípios da contratação pública, designadamente o da igualdade pois que este só sairia ofendido se não fossem dadas iguais oportunidades de suprimento de lapsos não essenciais aos concorrentes cujas propostas se achassem nessas circunstâncias. E também não conseguimos vislumbrar como e em que medida a comissão de análise das propostas violaria os princípios da imparcialidade e da*



transparência mandando suprir uma omissão não essencial de uma proposta. E também o princípio da estabilidade não ficaria afectado pois que a omissão em causa não afecta a essência da proposta. Na verdade um item com aquela expressão financeira e atenta a diferença de valores entre as propostas não permite, por parte do concorrente e mesmo conhecendo este o valor da proposta dos demais concorrentes, manipular o resultado do concurso. Mas se eventualmente o tentasse caberia à comissão de análise, também zeladora no exercício das suas funções do cumprimento dos princípios da contratação pública, evitar, em decisão fundamentada, que tal sucedesse. Com a exclusão ficam em causa, sim, princípios como os da concorrência e da defesa do interesse público. O princípio da concorrência visa encontrar a proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante, o que não sucede no caso em apreço. Por outro lado o ente público vai, no caso em apreço, pagar mais cerca de 11.000,00 € do que eventualmente pagaria se a proposta do concorrente excluído tivesse sido admitida dadas as fortes probabilidades de esta vir a ser a adjudicada”;

- b) Outra que, conformando-se embora com o sentido da decisão, “por razões de certeza e segurança jurídica, e considerando que a Administração agiu no exercício de um poder discricionário quando decidiu não poder comparar as propostas”, transmitiu as seguintes ponderações: o valor do item em falta, na proposta excluída, “representa algo como 0,03% em relação ao total da proposta ganhadora como se encontra expresso no acórdão recorrido. Tendo em conta que, em toda a probabilidade, a proposta excluída, caso o não tivesse sido, lograria ser a escolhida uma vez que apresentava um preço inferior em mais de 11 000 euros, tem de convir-se que sai duramente castigado o concorrente excluído. Mas não só: sai também duramente atingida a concorrência uma vez que um dos objectivos nucleares dos concursos é justamente o seu exercício. E, justamente por estas razões talvez se possa mesmo dizer que sai também atingido o princípio da proporcionalidade: na verdade, excluir do concurso (a desoras...) o concorrente que não apresentou preço de um item insignificante parece, com toda a franqueza (e para usar a expressão de, salvo erro, Iellinek) “matar pombos com tiros de canhão”. Poderá também ter saído atingido o princípio da boa-fé. Como compreenderá um concorrente excluído que, semanas ou meses depois de ter apresentado uma proposta em relação à qual



tem boas razões para supor vir a ser a escolhida, esta venha a ser excluída por um vício cuja detecção requer apenas conhecimentos de simples literacia e devia ter sido feita, nos termos da lei, em sede de deliberação sobre admissão das propostas (art.º 94.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3). Na dilucidação desta questão parece haver, assim, muito caminho para percorrer para além da simples digressão pela teoria geral dos actos preparatórios. Por outro lado, a propósito do repetido argumento de que “por um euro se perde, por um euro se ganha” (provavelmente importado da linguagem desportiva onde também “por um golo se ganha”...) vem a propósito referir, tendo em conta sobretudo uma conjuntura dominada por tão dramáticos constrangimentos orçamentais, a máxima que em tempos fez carreira – “um escudo é um escudo” – adaptada de uma outra que se fazia ouvir na Grã-Bretanha há décadas atrás (“one penny is one penny”), e que agora traduziríamos por “um euro é um euro”... E, claro, 11000 euros são 11000 euros!... Diga-se entretanto que, como é óbvio, só como figura argumentativa se pode conceber que um concurso se decida por um euro. Na verdade, não nos cabe levar o nosso pessimismo ao ponto de poder imaginar que na Administração Pública se pode escolher um adjudicatário de uma obra desta importância por um critério que quase se assemelharia ao de fazer girar uma roleta... Não estamos em condições – nem isso nos compete, obviamente – de buscar soluções para casos deste género ou, sequer, indagar da legalidade de outros que podem à primeira vista imaginar-se: retirar o valor do item a todas as propostas – dada a sua insignificância – para as tornar rigorosamente comparáveis ou adjudicar mesmo correndo o risco de que viesse a ser exigido à Administração um preço pelo item em falta”.

- 14.** Na petição de recurso também se remete para o Acórdão nº 21/05. Este reproduz a argumentação expendida no anterior nº18/05 e que acima se apresentou.¹⁰
- 15.** Entremos finalmente na apreciação substancial do recurso. Como já se viu, a alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC determina que deve ser

¹⁰ O relator do acórdão apresenta-o por observância do disposto no nº 3 do artigo 8º do Código Civil. Mas não deixa de referir que considera “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, conseqüentemente, na salvaguarda e defesa do interesse público”.



recusado o visto a acto ou contrato ferido de nulidade. É compreensível que o legislador assim tenha estatuído: sendo a nulidade a forma de invalidade resultante dos vícios mais graves que afectam os actos administrativos, não se lhes pode reconhecer aptidão para produzir quaisquer efeitos jurídicos, incluindo os de natureza financeira. E por isso, está também a jurisdição financeira vinculada a recusar o visto, sempre que um acto padeça de vício de tal natureza. Relembre-se que a nulidade é a forma excepcional de invalidade dos actos administrativos, sendo a regra a da anulabilidade.

16. Nos termos do nº 1 do artigo 133º do CPA, estabelece-se que são nulos os actos para os quais a lei comine expressamente tal sanção¹¹. E, no seu nº 2, consagra-se um elenco não exaustivo de actos feridos de nulidade. O acto que, no presente recurso, se aprecia – a admissão e manutenção no procedimento conducente à celebração de contrato de empreitada de proposta a que faltou um elemento no mapa de quantidades e trabalhos – não consta de tal elenco, nem existe disposição legal que o preveja com tais consequências jurídicas e financeiras.
17. Impõe-se assim descobrir, em cumprimento do disposto no nº1 do referido artigo 133º, se, porventura, a referida omissão em mapa de quantidades e trabalhos consubstancia a falta de um elemento essencial, o que implicará então o reconhecimento da nulidade. Como se viu, é essa a tese da petição de recurso e também a dos dois acórdãos deste Tribunal citados.
18. A doutrina¹² e a jurisprudência¹³ abordam a matéria, embora seja reconhecidamente “*questão difícil e complexa, que, compreensivelmente, o legislador não quis resolver*”¹⁴. Não havendo nelas completa uniformidade, poderá contudo afirmar-se que são essenciais todos aqueles elementos ou aspectos legalmente decisivos, estruturais ou indispensáveis para a boa formação do acto administrativo.

¹¹ É o que a doutrina qualifica como nulidade por determinação legal expressa, a par das nulidades por natureza.

¹² De entre todos, veja-se Diogo Freitas do Amaral, “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, 2003, Almedina, Diogo Freitas do Amaral e.a. em “Código do Procedimento Administrativo Anotado”, 1998, Almedina, nas anotações aos artigos 133º, 134º e 123º, Mário Esteves de Oliveira, e.a., em “Código do Procedimento Administrativo”, 2ª edição, Almedina, na anotação aos mesmos artigos, Vieira de Andrade, “Validade do Acto Administrativo”, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, vol. VII, p. 587.

¹³ De entre outros, vejam-se os Acórdãos do STA de 17.02.2004, de 2.10.2007 e de 18.06.2008 relativos aos processos nº s 01572/02, 0348/07 e 0957/07.

¹⁴ Diogo Freitas do Amaral, op.cit., p. 411



19. Os elementos cuja ausência provoca a nulidade de actos – e, por isso, são essenciais - podem ser determinados:

- a) Pela sua tipologia: há tipos de elementos cuja ausência determina aquela sanção; ou
- b) Pelo grau de essencialidade ou de imprescindibilidade do elemento para a boa formação do acto: neste caso, a essencialidade terá de aferir-se caso a caso, em função do seu grau, e em função deste determinar-se-á a existência, ou não, de nulidade.

20. Refira-se ainda:

- a) Devem ser tidos como essenciais os elementos ou aspectos aos quais a própria lei atribui características de essencialidade e de obrigatoriedade;
- b) A essencialidade pode ser descoberta, por paralelismo ou analogia, a partir das cominações legais existentes quanto a nulidades (como as que são feitas no nº 2 do artigo 133º do CPA)¹⁵;
- c) A essencialidade pode também ser aferida, em concreto, em função do tipo de acto em causa, da gravidade do vício que o afecta ou de circunstâncias que o rodeiam¹⁶. A consideração do caso concreto parece ter completa pertinência. Essa foi uma razão para o legislador ter deixado a matéria ao domínio da doutrina e da jurisprudência.

21. O uso destes critérios permite que se afirme, por exemplo, que estão feridos de nulidade os actos administrativos a que falem as menções obrigatórias previstas na primeira parte da alínea a), e nas alíneas b), e) e g) do nº 1 do artigo 123º do CPA¹⁷. Como é essencial a um acto administrativo, a produção de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, nos termos do artigo 120º do mesmo Código¹⁸.

¹⁵ Vide designadamente Mário Esteves de Oliveira, e.a, op.cit.

¹⁶ Mário Esteves de Oliveira, op. cit., refere a solução consagrada na lei alemã, onde se estabelece que “*é nulo o acto administrativo afectado por um vício especialmente grave, desde que isso resulte evidente de uma avaliação razoável das circunstâncias a tomar em consideração*”.

¹⁷ Nesse sentido veja-se Diogo Freitas do Amaral e.a. op. cit. na anotação ao artigo 123º. Mário Esteves de Oliveira, e.a., todavia, na anotação ao artigo 133º, parecem referir que, nesses casos, se está perante a situação de inexistência jurídica.

¹⁸ Vide os acórdãos do STA de 16.12.99 (Pleno da Secção do CA), de 23.03.2000, e de 12.04.2007 tirados, respectivamente, nos processos 038606, 44374 e 0755/06. Contudo, aquela situação é qualificada por Mário Esteves de Oliveira e.a. como de inexistência jurídica.



- 22.** No domínio do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, devem ser considerados elementos essenciais das propostas a apresentar pelos concorrentes, concorrendo como elementos decisivos e estruturais para a boa formação do acto administrativo de adjudicação, designadamente, os seguintes:
- a) Os documentos previstos no nº 1 do artigo 73º e na alínea b) do nº 2 do artigo 94º;
 - b) Os documentos referidos na alínea a) do nº 2 do artigo 92º;
 - c) Os elementos previstos na alínea e) do nº 2 do artigo 94º.
- 23.** O Tribunal de Contas tem vindo a considerar, unanimemente, que é elemento essencial da boa formação de um contrato a adopção da modalidade de procedimento previsto na lei, para o caso concreto, e tem concluído que a sua não adopção constitui um vício que fere de nulidade o acto adjudicatório em que assenta a celebração do contrato.
- 24.** Nos números anteriores (de 21 a 23), elencaram-se pois tipos de elementos cuja ausência gera nulidade: faltando um daqueles elementos está o acto ferido de nulidade.
- 25.** De entre os documentos referidos acima, na alínea a) do nº 22, consta a lista de preços unitários, com o ordenamento dos mapas-resumo de quantidade de trabalho. Ora, parece ser indiscutível que tal elemento é essencial para a perfeição de uma proposta. E um acto adjudicatório só pode ser perfeito na sua formação, se se alicerçar em propostas, conjuntamente avaliadas, que tenham esse elemento instrutório. De facto, é com base naquele documento que o dono da obra pode proceder a uma circunstanciada análise dos trabalhos que vão ser executados e respectivos preços. Na modalidade de empreitada por série de preços é tal lista essencial, também porque dela depende a remuneração do empreiteiro e os concretos encargos da entidade pública. E, em todas as empreitadas, é um documento essencial a que se faz apelo na fase de execução. Assim, adjudicação feita com base em proposta em que falte tal lista não pode deixar de estar ferida de nulidade.
- 26.** Contudo, situação diferente é a de existência de lista de preços unitários em que um ou vários elementos estão omissos. Aqui tratar-se-á não de elemento cuja ausência provoca nulidade, correspondente a uma tipologia – será o caso anteriormente referido de ausência de lista - mas



do grau de essencialidade que um concreto elemento apresenta para a boa formação do de um concreto acto administrativo.

27. A consideração em concreto dos elementos em falta nas listas de quantidades e trabalhos tem sido relevada em inúmeras decisões deste Tribunal¹⁹. E considera-se que bem: um caso é a ausência de um elemento que tenha uma importância física ou financeira decisiva, estrutural ou indispensável para a boa execução dos trabalhos. Outro, é quando tal elemento não tem qualquer relevância ou uma relevância diminuta para a realização da empreitada. No primeiro caso, estaremos perante a falta de um elemento com elevado grau de essencialidade e tal falta gera a nulidade. No segundo caso, estaremos perante a falta de um elemento com baixo grau de essencialidade e tal falta não pode gerar a nulidade.

28. Acrescente-se que aceitar proposta a que falte elemento no mapa de quantidades e trabalhos considerado não essencial, promover a sua correcção e avaliá-la em conformidade, em nada belisca a observância de princípios a que se subordina a contratação pública, designadamente:

- a) O princípio da igualdade dos concorrentes, desde que a todos seja dada a mesma oportunidade de correcção de elementos não essenciais;
- b) O princípio da imparcialidade, que fica salvaguardado com a equidistância mantida pelo dono da obra relativamente a todos os concorrentes e a todos os interesses em presença;
- c) O princípio da comparabilidade das propostas, assegurada pelo facto de se tratar de elementos não essenciais e susceptíveis de correcção ou de integração;
- d) O princípio da transparência, assegurada pela fixação de regras iguais para todos os concorrentes e a todos comunicadas;

¹⁹ Vejam-se de entre todos, os seguintes trechos de decisões que consideraram como não relevantes a ausência de elementos: “São erros (...) existentes apenas num artigo de cada uma das listas de preços unitários, de quantidades ínfimas, de material ou equipamento sem qualquer significado e com um valor financeiro reduzidíssimo. (...) A insignificante quantidade de trabalhos em causa (...) permite (...) considerar a existência de lapsos de escrita nas propostas dos concorrentes” (in Acórdão 161/2004); “Os erros assinalados traduzem encargos sem significado face ao valor global da empreitada, não se configurando determinantes de quebra da qualidade global da obra nem tão pouco influenciando de forma relevante os encargos respectivos” (in Acórdão 9/2005); “Afigura-se talvez violento excluir um candidato pela falta de indicação de um preço que só poderia ser considerado insignificante no contexto da empreitada” (in Acórdão 35/2005); “A razão invocada para a não graduação daquelas propostas prende-se com a existência de pequenos erros, qual sejam a não indicação, em cada uma delas, do preço unitário num único artigo, com um valor financeiro reduzido no contexto global das propostas” (in Acórdãos 40/2005 e 80/2005).



- e) O princípio da concorrência, na medida em que se criam condições para a manutenção em procedimento do maior número de propostas;
- f) O da prossecução do interesse público, pois só com o maior número possível de propostas a entidade adjudicante poderá escolher a melhor proposta.

29. Acrescente-se que deve competir à entidade adjudicante aferir, em primeira linha, quanto ao grau de essencialidade do elemento em falta, através dos seus órgãos e dos constituídos para conduzir o procedimento de formação do contrato: as comissões ou júri do procedimento²⁰.

30. Ora, no caso em apreciação, o elemento em falta era o dos trabalhos de construção civil relativos à instalação do posto transformador. Como se viu no processo, e não foi contestado, o preço médio apresentado pelos demais concorrentes para esses trabalhos foi de € 8.000, o que face ao valor total da empreitada corresponde a 0,22%. Indubitavelmente irrelevante, tanto no plano físico como no financeiro. Tanto mais que, como se viu, em documento apresentado pelo concorrente este se comprometeu a realizar aquele trabalho e o considerou incluído no preço total apresentado. O item passou a constar claramente dos compromissos contratuais do concorrente. E não se diga que apelar ao preço médio apresentado nas demais propostas para se avaliar a relevância do elemento em falta é do “domínio da ficção”. Trata-se de um critério pragmático de aferição da essencialidade do referido elemento.

31. E a irrelevância da falta deste elemento, neste concreto procedimento e no resultado financeiro obtido, é reforçada pelo facto de que mesmo adicionando o provável valor para ele apurado ao valor da proposta adjudicatária esta sairia sempre vencedora.

32. Concluindo: o elemento em causa na lista de quantidades e trabalhos não era essencial. Assim, a sua falta não poderia gerar nulidade. Não estando

²⁰ Em vários acórdãos deste Tribunal têm-se feito considerações sobre o que seria a prática administrativa conforme com a lei. Por exemplo, no Acórdão nº 40/2005 (seguindo-se igual argumentação nos Acórdãos 54 e 77 de 2005) diz-se: “No entanto, o que se entende por mais correcto teria sido o convite das Comissões de Análise aos concorrentes para, em prazo fixado, corrigir os erros das suas propostas. A este propósito subscrevemos o que escreveu Jorge Andrade da Silva a páginas 251 da 8ª Edição do seu Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas: “Se bem que a admissão condicional só esteja expressamente prevista no normativo legal para os casos de preterição de formalidades não essenciais nos documentos respeitantes à habilitação dos concorrentes, afigura-se-nos que igual tratamento devem merecer os documentos que acompanham as propostas, o que, obviamente, não inclui as faltas enumeradas na alínea e) do nº 2 do artigo 94º, por não se tratar de mera preterição de formalidades não essenciais, mas de falta de elementos essenciais”.



Tribunal de Contas

em causa nulidade, não se verifica o fundamento para recusa do visto previsto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC.

III – DECISÃO

33. Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

Lisboa, 2 de Junho de 2009

Os Juízes Conselheiros,

João Figueiredo – Relator

Carlos Morais Antunes

Carlos Moreno

O Procurador-Geral Adjunto

(Daciano Pinto)