



DECISÃO N.º 4/2010 – SRTCA

Processo n.º 04/2010

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o contrato de empreitada de construção e beneficiação dos caminhos agrícolas CS5 e CS6, no Perímetro de Ordenamento Agrário dos Altares/Raminho, celebrado a 16 de Dezembro de 2009, entre o IROA, SA, e Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, SA, pelo preço de € 616.000,00, acrescido de IVA, e com o prazo de execução de 8 meses.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto à exclusão de uma proposta.
3. Para além dos factos referidos no ponto 1, relevam os seguintes:
 - a) Por deliberação do Conselho de Administração do IROA, de 06-08-2009, foi autorizado o procedimento de ajuste directo com convite a três entidades para apresentarem proposta, e aprovado o respectivo convite e o caderno de encargos;
 - b) Em conformidade com o ponto 10 do convite para apresentação das propostas, estabeleceu-se que a adjudicação seria efectuada segundo o critério do mais baixo preço;
 - c) Apresentaram propostas: Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, SA (€ 616.000,00); Cotaçor – Construções Santos dos Açores, SA (€ 596.317,42);
 - d) No relatório preliminar de análise das propostas, o júri propôs a exclusão do concorrente Cotaçor – Construções Santos dos Açores, SA, com fundamento no disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) «pelo motivo de não ter apresentado o preço unitário no articulado 1.2. – Regularização do fundo das valas – do Capítulo C – Conduta de Abastecimento de Água»;
 - e) Por deliberação do Conselho de Administração do IROA, de 12-11-2009, o concorrente viria a ser excluído;



f) Consequentemente, restou a proposta do concorrente Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, SA (no referido valor de € 616.000,00), adjudicada por deliberação do Conselho de Administração do IROA, de 12-09-2009;

g) O processo foi devolvido a fim de que, além do mais, o IROA esclarecesse:

(...) tendo subjacente os princípios da concorrência e da prossecução do interesse público que devem nortear a realização das despesas públicas, a exclusão da proposta apresentada pelo concorrente Construções Santos dos Açores, SA, no valor de € 596 317,42, com fundamento na omissão, na lista de preços unitários, do preço atribuído ao item 1.2 Regularização do fundo das valas do Capítulo C, o qual tem, na proposta adjudicada, o valor de € 465,00¹;

h) O Senhor Presidente do Conselho de Administração do IROA, S.A., veio alegar o seguinte²:

(...)
Mais vimos esclarecer que o concorrente Cotaçor – Construções Santos dos Açores, S.A foi excluído, após audiência prévia no âmbito da qual não elaborou qualquer observação ou reclamação, nos termos e com os fundamentos constantes do ponto 5 do relatório preliminar (artigo 70.º, n.º 2, alínea c) do Código dos Contratos Públicos). Com efeito, a omissão absoluta de um preço unitário para um artigo deixava a descoberto, quanto a preços, uma parte da obra objecto do concurso de empreitada, encontrando-se inquinada a aplicação do critério de adjudicação, uma vez que, sendo desconhecido por parte do dono da obra qual o preço querido pelo concorrente tornava-se impossível a avaliação da respectiva proposta, consistindo tal omissão uma violação dos princípios da legalidade, transparência, igualdade, concorrência e imparcialidade (acórdãos n.ºs 18/05, de 5 de Julho e 21/05, de 27 de Setembro, da 1.ª secção do Tribunal de Contas).

4. Relativamente ao fundamento para a exclusão de propostas, revela-se útil transcrever as principais disposições aplicáveis do Código dos Contratos Públicos (CCP):

Artigo 70.º
Análise das propostas

1 – As propostas são analisadas em todos os seus atributos representados pelos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação.

2 – São excluídas as propostas cuja análise revele:

a) Que não apresentam algum dos atributos, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 57.º;

(...)

c) A impossibilidade de avaliação das mesmas em virtude da forma de apresentação de algum dos respectivos atributos;

(...)

¹ Ofício n.º UAT-I 20, de 19-01-2010.

² Ofício n.º SE/2008/416PP, de 19-02-2010.



Artigo 72.º

Esclarecimentos sobre as propostas

1 – O júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito da análise e da avaliação das mesmas.

2 – Os esclarecimentos prestados pelos respectivos concorrentes fazem parte integrante das mesmas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respectivos atributos, nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão nos termos do disposto na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 70.º

(...)

Recorde-se que na resposta, em sede de devolução administrativa do processo, o serviço referiu que:

(...) a omissão absoluta de um preço unitário para um artigo deixava a descoberto, quanto a preços, uma parte da obra objecto do concurso de empreitada, encontrando-se inquinada a aplicação do critério de adjudicação, uma vez que, sendo desconhecido por parte do dono da obra qual o preço querido pelo concorrente tornava-se impossível a avaliação da respectiva proposta.

O elemento omissivo que acabou por conduzir à exclusão da proposta reporta-se ao **Capítulo C – Conduta de Abastecimento de Água, C 1 – Movimento de Terras, item C 1.2 Regularização do fundo das valas**.

Na proposta adjudicada este item tem a seguinte expressão:

CAP	Descrição dos Trabalhos	Unidades	Quantidades	Preços unitários	Importâncias
C	Conduta de abastecimento de água				
C1	Movimento de Terras				
C1.2	Regularização do fundo das valas	m 2	1500,00	0,31 €	465,00 €
Total Geral					616.000,00 €

Verifica-se, pois, que o *item* não contemplado na proposta excluída tem uma expressão diminuta no valor global do contrato e respeita a trabalhos a realizar na obra que poderiam estar incluídos em espécie diferente.

Perante tal circunstancialismo e, não sendo possível a avaliação da proposta por faltar o preço unitário do artigo em causa (ainda que este tenha um ínfimo peso), o júri do procedimento poderia e deveria ter solicitado um esclarecimento, nos termos do n.º 1 do artigo



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 4/2010 (Processo n.º 4/2010)

72.º do CCP, acima transcrito, tanto mais que a proposta excluída garantia o quadro possível de concorrência por ser a única alternativa³.

E, se é certo que o n.º 1 do artigo 72.º do CCP estabelece uma mera faculdade⁴ não é menos certo que a devida aplicação dos princípios da concorrência, da prossecução do interesse público e da proporcionalidade⁵, determinava que se promovesse o necessário esclarecimento, com o objectivo de não colocar em causa o referido quadro de comparabilidade por mero desconhecimento da razão que levou o concorrente a não preencher o *item* referido e cuja expressão quantitativa era quase nula.

É que, bastava que do esclarecimento resultasse a possibilidade do júri avaliar o preço global da proposta que veio a ser excluída, sem que daí decorresse a introdução de qualquer alteração nos documentos apresentados e no respectivo atributo, para que o adjudicatário fosse outro, o que traria um resultado financeiro diferente para o procedimento, representativo, neste caso, de uma economia de € 19.682,58 na respectiva despesa pública (menos 3,2% do que o valor adjudicado)⁶.

5. No domínio do regime que antecedeu o Código dos Contratos Públicos⁷, o Tribunal de Contas pronunciou-se por diversas vezes sobre esta matéria⁸, a qual, tendo sido objecto de

³ E, em todo o caso, representava a possibilidade de reduzir o volume financeiro em € 19.682,58.

⁴ O júri do procedimento «**pode** pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas».

⁵ Reitera-se que a exclusão nos termos verificados eliminou o quadro de comparabilidade possível ficando assim prejudicado o princípio da concorrência (*cf.* parte final do n.º 4 do artigo 1.º do CCP). Na prossecução do interesse público, quando sejam tomadas decisões que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, a actividade da Administração Pública deve pautar-se pela observância de meios adequados e proporcionais aos objectivos a realizar (*vd.* artigo 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa e artigo 5.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo). A este propósito, refere o Acórdão n.º 1/2010, do Plenário Geral do Tribunal de Contas, proferido no Recurso extraordinário n.º 2/2009, de uniformização de jurisprudência, publicado no Diário da República, I série, n.º 32, de 16 de Fevereiro de 2010, pp. 461 a 466, acessível também no *site* www.tcontas.pt, doravante designado apenas por Acórdão:

(...) é sem perder de vista este princípio que se deve apreciar a problemática das consequências jurídicas, decorrentes da omissão verificada (...). Naturalmente que tais consequências jurídicas dependerão (...) da concreta situação em que ocorra tal omissão, bem como do concreto bem ou *item* omitido, e seu preço, no contexto do procedimento concursal e da execução da empreitada (...) só as circunstâncias concretas em que se verificou a omissão, bem como a natureza, a «qualidade» ou o valor do bem ou actividade omitidos, permitirão aferir da sua essencialidade no contexto do procedimento e da empreitada.

⁶ Configure-se, hipoteticamente, dar-se o caso do concorrente vir a esclarecer não ter preenchido o *item* em causa por não lhe atribuir valor relevante, no conjunto da proposta, atendendo à sua diminuta expressão, ou por ter incluído o seu valor no preço unitário de outra espécie de trabalhos, por exemplo, no *item* C.1.5 - Aterro da vala com produtos seleccionados por camadas de 0,20m, incluindo compactação.

⁷ Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

⁸ Através, designadamente, dos Acórdãos n.ºs 18/05, de 5 de Julho e 21/05, de 27 de Setembro, ambos proferidos pela 1.ª Secção, em Plenário, e ambos citados na resposta do IROA (*cf.* ponto 3, alínea g, *supra*).



oposição de julgados, deu origem à necessidade de uniformização de jurisprudência operada pelo citado Acórdão n.º 1/2010.

Com interesse directo para a questão em apreço, refere o Acórdão que:

Parece-nos ser este, pois, o entendimento mais correcto a dar, em abstracto e em geral, à questão da repercussão da omissão de um preço ou de um item na lista de preços unitários, na proposta, e às respectivas consequências jurídicas: A falta referida não constitui, necessariamente, a omissão de um elemento essencial do procedimento que, só por si, possa afectar inexoravelmente a proposta e acarretar a sua exclusão.

Haverá, pois, que distinguir entre a falta da lista de preços unitários «in totum» — a qual determina a exclusão da respectiva proposta — e a falta de um item dessa mesma lista que, só por si, não possui, forçosamente, virtualidade suficiente para conduzir a tão drástica consequência⁹.

Mais adiante e transcrevendo um excerto do acórdão recorrido¹⁰ refere-se que:

(...) 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 (...) numa proposta em que se verifique que, na lista de preços unitários falta um preço ou um item do mapa de quantidades, que não inviabiliza a análise comparativa das propostas apresentadas, nem interfere na boa execução do contrato, tal omissão não pode ter a virtualidade de revestir a natureza de elemento essencial. Do mesmo modo, a correcção da proposta, para supressão dessa falta, constitui circunstância que não ofende os princípios a que deve subordinar-se a contratação pública.

Por último, a decisão de uniformização de jurisprudência proferida no Acórdão é a seguinte:

1 — No domínio do disposto, conjugadamente, nos artigos 73.º, n.º 1, alínea *b*), 92.º, n.º 3, e 94.º, n.º 2, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, a falta de indicação, na lista de preços unitários, de um preço correspondente a um bem, ou a uma actividade, não constitui, necessariamente, a preterição de uma formalidade essencial do procedimento pré-contratual, determinante da exclusão da proposta onde ocorreu tal falta.

2 — A omissão referida no número anterior deve ser ponderada, caso a caso, e só constitui a preterição de uma formalidade essencial, determinante da exclusão da respectiva proposta, quando, em função dos factores do critério de avaliação das propostas, for impeditiva da análise comparativa destas, ou seja, susceptível de se repercutir na boa execução do contrato.

⁹ Sobre situação idêntica e no mesmo sentido é pertinente a seguinte passagem do Acórdão n.º 21/2009, de 2 de Junho, da 1.ª Secção, em Plenário: «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».

¹⁰ Acórdão n.º 21/2009, de 2 de Junho, da 1.ª Secção, em Plenário.



6. Embora, conforme se referiu, o Acórdão tenha sido proferido no quadro do regime das empreitadas de obras públicas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, este, no essencial, não era substancialmente diferente do regime do Código dos Contratos Públicos, vigente à data dos factos em apreciação.

A disciplina que constava dos artigos 73.º, n.º 1, alínea *b*), 92.º, n.º 3, e 94.º, n.º 2, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, consta, agora, *mutatis mutandis*, dos artigos 57.º, n.º 2, alínea *a*), 70.º, n.º 2, 72.º, n.º 1, 122.º, n.º 2, e 146.º, n.º 2, do CCP.

Do regime agora em vigor ressalta, como diferença a assinalar, a imposição de que os esclarecimentos solicitados aos concorrentes, em caso de dúvida relativamente a algum aspecto das suas propostas, não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem, não alterem ou completem os respectivos atributos, nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão¹¹.

7. Assim, perante as dúvidas suscitadas pela omissão do preço unitário para o artigo em causa, na proposta que veio a ser excluída, havia que ter presente a sua diminuta expressão, quer quanto ao valor, quer quanto à quantidade e tipo de trabalhos a realizar.

Por outro lado, e, inversamente, a manifesta relevância de esclarecer a dúvida que se colocava ao júri do procedimento, como único meio de preservar o quadro concorrencial e de comparabilidade que se apresentava circunscrito apenas a duas propostas, impunha o pedido de esclarecimentos nos termos do artigo 72.º do CCP.

Se desse esclarecimento não resultasse qualquer alteração aos atributos da proposta, conforme exigência legal, esta deveria ser admitida para análise e avaliação, o que, dada a circunstância do critério de adjudicação ser o do preço mais baixo¹², teria conduzido a um diferente resultado financeiro do procedimento.

Não procedendo assim, ao que estava obrigado por força da aplicação do princípio da concorrência (n.º 4 do artigo 1.º do CCP), quando conciliado com a devida utilização dos meios de esclarecimento ao dispor júri do procedimento, decorrentes do n.º 1 do artigo 72.º do CCP, este inviabilizou tal possibilidade.

¹¹ *Cfr.* n.º 2 do artigo 72.º do CCP, transcrito no ponto 4., *supra*.

¹² Circunstância que conferia carácter determinante ao atributo preço.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 4/2010 (Processo n.º 4/2010)

8. Do exposto nos pontos 4. a 7., *supra*, resulta que a análise e a classificação das propostas foi prejudicada pelo incumprimento do regime vigente da contratação pública, verificando-se que a inobservância das normas citadas é susceptível de alterar o resultado do procedimento pré contratual, na medida em que:

- Conduziu à exclusão de uma proposta que, eventualmente, reuniria as condições para o efeito;
- Essa proposta tinha um valor inferior em € 19.682,58 ao da outra proposta apresentada no procedimento.

9. Em conclusão:

- a) Não foi observado o disposto no n.º 4 do artigo 1.º do CCP (princípio da concorrência) que tem em vista garantir o mais amplo acesso aos procedimentos e, em cada procedimento, consultar o maior número de interessados;
- b) Não foi também respeitado no n.º 1 do artigo 72.º do CCP o qual determina, em caso de dúvida, que se proceda a esclarecimentos, para efeito da análise e da avaliação das propostas;
- c) As ilegalidades verificadas mostram-se susceptíveis de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato.

10. Nos termos da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento da recusa do visto a ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro.

Porém:

- a) Este foi o primeiro procedimento desencadeado pela entidade adjudicante ao abrigo do CCP, não tendo a mesma, consequentemente, sido destinatária de anterior recomendação sobre a matéria;
- b) A lei admite que, no caso de ilegalidade que altere ou seja susceptível de alterar o resultado financeiro, o Tribunal possa conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades (n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97).



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 4/2010 (Processo n.º 4/2010)

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, conceder o visto ao contrato em referência e recomendar ao IROA, SA, relativamente a futuros procedimentos de contratação pública, que:

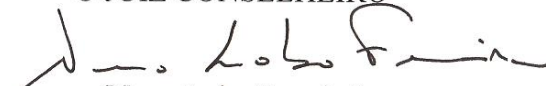
- Em caso de dúvida quanto a uma proposta, decorrente da falta de indicação, na lista de preços unitários, de um preço correspondente a um bem ou a uma actividade, o júri deve promover os esclarecimentos necessários, admitindo a proposta caso estes não contrariem os elementos constantes dos documentos que a constituem, não alterem ou completem os respectivos atributos, nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão.

Emolumentos: € 616,00.

Notifique-se.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 18 de Março de 2010

O JUIZ CONSELHEIRO



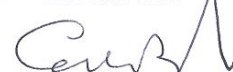
(Nuno Lobo Ferreira)

O ASSESSOR




(Fernando Flor de Lima)

O ASSESSOR



(Carlos Bedo)

Fui presente
A REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO



(Joana Marques Vidal)