



ACÓRDÃO N.º31 /2011 – 15. NOV-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 14/2011-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1873/2010)

SUMÁRIO

1. O procedimento de concurso público urgente é um mecanismo de natureza excepcional, que sacrifica interesses normalmente acautelados num procedimento ordinário de concurso público, e que, por isso, só deve ser utilizado em função de uma efectiva urgência que se sobreponha àqueles interesses e que, dessa forma, justifique a utilização dessa modalidade excepcional. Por isso, carece de ser devidamente justificado, devendo ainda ter-se presente que quaisquer poderes discricionários da administração estão limitados pela observância dos princípios gerais da actuação administrativa, de que se destaca o princípio da proporcionalidade.
2. O disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010 deve ser conjugado com o regime constante dos artigos 155.º do CCP, designadamente quanto à necessidade de demonstrar que a utilização de um procedimento normal resultaria ineficaz ou revelar-se-ia inidóneo para dar, em tempo oportuno, a resposta necessária a uma circunstância de risco ou perigo iminente e actual.
3. O acto de escolha do procedimento deve ser fundamentado nos termos estabelecidos no artigo 38.º do CCP e nos artigos 124.º, n.º1, e 125.º, n.º1, do CPA, contendo os motivos de facto que provocam a actuação administrativa.
4. Nos termos do artigo 158.º do CCP, a entidade adjudicante tem uma razoável margem de liberdade na fixação do prazo para apresentação de propostas, mas o enquadramento sistemático, as finalidades prosseguidas, os valores prejudicados e os princípios aplicáveis impõem que a Administração observe cuidados e princípios nessa fixação. Tratando-se de um concurso, que visa assegurar o mais amplo acesso possível ao procedimento por parte dos interessados em contratar, o prazo deve ser fixado de tal modo que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da concorrência, tendo em conta a complexidade do contrato e o tempo necessário à elaboração de propostas.
5. As propostas para a realização de empreitadas envolvem uma análise aprofundada dos requisitos pretendidos e dos projectos, um eventual confronto com os locais e



Tribunal de Contas

condições físicas em que as obras deverão ter lugar e a formação de preços ajustados às circunstâncias específicas de cada caso. Esse ajustamento exige *tempo* para a formulação de propostas sérias. Por isso, este Tribunal tem considerado que o prazo mínimo de vinte e quatro horas é manifestamente inadequado aos concursos de empreitada.

6. O prazo de 5 dias para apresentar propostas está, no caso, justificado, contendo-se nos limites da discricionariedade então aplicáveis, não se podendo afirmar que seja, em concreto, manifestamente violador do princípio da proporcionalidade. No entanto, a sua fixação carecia de ser devidamente fundamentada.
7. O estabelecido nos n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, impede que se fixe como requisito de habilitação técnica a classificação como empreiteiro geral de obras públicas.
8. As ilegalidades assinaladas eram susceptíveis de alterar o resultado financeiro e, desse modo, enquadravam o fundamento de recusa de visto previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Não obstante, as circunstâncias concretas do caso permitem e aconselham a utilização do mecanismo previsto no artigo no n.º 4 do mesmo artigo.

Lisboa, 15 de Novembro de 2011

Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º31 /2011 – 15.NOV-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 14/2011-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1873/2010)

RELATÓRIO

- I.1.** Pelo Acórdão n.º 16/11 – 22.MAR.2011- 1.ª S/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto ao **contrato de empreitada** para a “**Reabilitação e Requalificação dos Arruamentos do Percurso da Procissão e Qualificação do Espaço Público Envolve da Igreja Matriz**”, celebrado, em 3 de Dezembro de 2010, entre o **Município da Arruda dos Vinhos** e a empresa “**Sociedade XIX – Construção, Projectos e Gestão, Lda.**”, pelo valor de € 480.688,29, acrescido de IVA.
- I.2.** A recusa do visto, proferida, em 22 de Março de 2011, ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹, teve por fundamento ilegalidades:
- a)** Na utilização da figura do *concurso público urgente*, tal como previsto no artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, e nos artigos 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP)². Nesta matéria, a decisão recorrida considerou que não se mostrava existir uma situação de urgência na concretização da obra que justificasse a adopção do concurso público urgente e que foi fixado um prazo insuficiente para a apresentação das propostas;
 - b)** Na fixação das *habilitações técnicas* exigidas para realização da obra, as quais excederam as habilitações legalmente exigíveis nos termos do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.



I.3. Inconformado com o Acórdão, o Município veio dele interpor recurso, pedindo a concessão de visto ao contrato.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 7 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, e de que se destacam os seguintes argumentos:

- a) Informa-se que a urgência que justificou a adopção do procedimento em causa teve por base o cumprimento do prazo limite para submissão da candidatura a financiamento comunitário. O prazo de candidatura terminava a 29 de Outubro de 2010, pelo que se verificava a absoluta necessidade de agilizar todos os procedimentos de natureza administrativa relacionados com a respectiva adjudicação, sob pena de correr o risco de perder o co-financiamento da obra. Neste âmbito, o recorrente invoca a similitude da situação com a descrita no Acórdão n.º 35/2010 – 19.Out.10 – 1.ª S/SS, em que se admitiu que o risco de se perder o financiamento comunitário tornava o procedimento de formação do contrato um caso de urgência;
- b) Invoca-se que se pretendeu aproveitar a possibilidade excepcional de um co-financiamento, no âmbito do Programa Operacional Regional do Centro, de 80% sobre o valor elegível do projecto em causa, que, a não ser utilizada, *“resultaria numa grande perda para o Município e para a sustentabilidade financeira da obra”*;
- c) Admite-se o erro de fundamentação da urgência em devido tempo e apela-se a que sejam considerados os novos esclarecimentos, uma vez que se verificam os restantes pressupostos para recurso ao concurso público urgente;
- d) Defende-se que o prazo de 5 dias concedido para a apresentação de propostas não colide com o prazo mínimo fixado no artigo 158.º do CCP, que é de 24 horas;
- e) No que concerne às habilitações exigidas aos concorrentes, e nas suas próprias palavras, o recorrente refere que *“o entendimento da autarquia não foi de reduzir, intencionalmente, o universo de potenciais concorrentes ao concurso com a exigência cumulativa do que se encontra previsto no n.º 1 e n.º 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, mas sim de simplificar face à diversidade de especialidades que teriam de ser articuladas por uma única entidade, porque não era linear a escolha de uma única subcategoria para uma obra tão abrangente (...) No entanto, assumimos desde já o nosso erro de entendimento, quanto a esta matéria, apelando ao digníssimo Tribunal que reconsidere e releve esta falha, sendo certo que iremos ter*



Tribunal de Contas

em conta o entendimento desse Tribunal nesta matéria nos futuros procedimentos concursais”;

I.4. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso, uma vez que o procedimento não evidenciou respeito pelos princípios gerais da contratação pública, designadamente quanto ao prazo concedido para a apresentação das propostas, o qual inviabilizou um procedimento verdadeiramente aberto e concorrencial.

I.5. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. DOS FACTOS

Da factualidade fixada no Acórdão recorrido e constante do processo de 1.^a instância ressaltam-se os seguintes aspectos:

- A)** O contrato foi precedido de *concurso público urgente*, com invocação do disposto no artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, e nos artigos 155.º e seguintes do CCP;
- B)** A escolha do tipo de procedimento pré-contratual e a respectiva abertura foram autorizadas por despacho do Presidente da Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos de 12 de Outubro de 2010, tendo por base uma informação produzida pelos serviços camarários da mesma data, despacho que veio a ser ratificado por deliberação da Câmara Municipal de 18 de Outubro do mesmo ano. Estes documentos fazem referência a uma situação de urgência mas não contêm a respectiva fundamentação factual;
- C)** No ofício de remessa do contrato para fiscalização prévia, a autarquia informou que *“a decisão de proceder à abertura do concurso público urgente, ao abrigo do disposto no artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, teve por base a obra em questão ser co-financiada por fundos comunitários, no âmbito do Programa Operacional Regional do Centro “Mais Centro”, e o prazo limite, de 29 de Outubro de 2010, para submeter as candidaturas no âmbito do Balcão Permanente, sendo que apenas seriam admitidas as que se encontrassem em intenção de adjudicação”;*
- D)** Questionada a Câmara sobre qual a urgência que se verificou para justificar a adopção do procedimento pré-contratual utilizado, designadamente qual a



urgência na reabilitação e requalificação dos arruamentos do percurso da procissão, relativamente a outros arruamentos da vila de Arruda dos Vinhos, veio a mesma entidade dizer o seguinte:

“... cumpre esclarecer que a urgência motivou-se no Protocolo de Financiamento denominado «Política de Cidades – Parceria para a regeneração urbana», com o programa Operacional Regional do Centro – Mais Centro, que pressupunha o cumprimento do prazo de candidatura que terminava às 18 horas do dia 29.10.2010 com a condição de apenas serem admitidas as candidaturas cujos procedimentos concursais subjacentes se encontrassem em fase de adjudicação, conforme dispunha o Aviso de Candidatura para a Submissão das candidaturas da mais Centro já junto com os primeiros esclarecimentos a esse digníssimo tribunal.

Outra razão subjacente à urgência da reabilitação e requalificação dos arruamentos do percurso da procissão da Nossa Senhora da Salvação incide sobre as artérias principais da Vila que além do seu valor funcional e histórico delimitam e definem o núcleo histórico da Vila de Arruda dos Vinhos, e que importa regenerar urbanisticamente, face ao estado actual de degradação das mesmas. Pretende-se, portanto, reorganizar o espaço público, através da melhoria de mobiliário urbano, da melhoria das condições de acessibilidades de peões, da reformulação e ordenamento do tráfego rodoviário, do estacionamento e da intervenção em todas as infra-estruturas (rede de água, águas residuais, iluminação pública).

Deste modo foi a Câmara motivada a escolher o procedimento pré-contratual excepcional do concurso público urgente ao abrigo do n.º 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72 – A/2010, de 18 de Junho e dos artigos 155.º do Código dos Contratos Públicos, sob pena de perder o prazo de candidatura e o financiamento comunitário da obra, a execução da obra ficava comprometida por parte da autarquia face ao encargo financeiro que representa esta obra para o orçamento municipal.”;

- E)** O anúncio de abertura do concurso foi publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 13 de Outubro de 2010, tendo sido enviado para publicação nesse mesmo dia, pelas 15:30:02 horas;
- F)** Em 19 de Outubro de 2010, os serviços municipais propõem a adjudicação, a qual é determinada pelo Presidente da Câmara em 20 de Outubro, sendo essa adjudicação ratificada pela Câmara Municipal em 2 de Novembro de 2010³;
- G)** A candidatura ao financiamento comunitário da obra enquadrou-se no âmbito de um protocolo de financiamento celebrado entre o Município de Arruda dos Vinhos e o programa Operacional Regional do Centro, e foi aprovada em 10 de Fevereiro de 2011;

³ Cfr. fls 41 e seguintes do processo de 1.ª instância.



Tribunal de Contas

- H) Nos termos do n.º 15 do Programa do Concurso, o critério de adjudicação fixado foi o do mais baixo preço;
- I) O n.º 9 do anúncio de abertura do concurso estabeleceu que as propostas deveriam ser apresentadas até às 23:59 horas do 5.º dia a contar da data do envio do anúncio para publicação no *Diário da República*;
- J) Ao concurso apresentaram-se 4 concorrentes, tendo sido excluído um;
- K) Questionada a autarquia sobre como considerava o estabelecimento de um prazo de 5 dias para a apresentação de propostas compatível com a natureza da obra e a observância do princípio da concorrência, referiu a mesma:

“(...) importa referir que face ao tipo de procedimento adoptado, concurso público urgente, o prazo mínimo de apresentação de propostas estabelecido no artigo 158.º do Código dos Contratos Públicos é de 24 horas. Ora, o que se verificou no procedimento concursal em apreço é que foram concedidos 5 dias para a apresentação de propostas, tendo sido apresentadas a concurso 4 propostas, pelo que se poderá dizer que o prazo, embora reduzido em relação ao prazo de 20 dias no concurso público, não violou o prazo mínimo exigido no artigo 158.º do mencionado código”;

- L) No n.º 3.1. do Programa de Concurso foi exigida, como habilitação técnica, a classificação como empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios de construção tradicional na 2.ª categoria, em classe correspondente ao valor previsto da construção, bem como a 8.ª subcategoria da 2.ª categoria e a 1.ª subcategoria da 4.ª categoria, em classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem;

- M) Questionada sobre as razões para tal exigência, a autarquia referiu:

“... A empreitada de reabilitação e requalificação dos arruamentos do percurso da procissão e qualificação do espaço público envolvente da Igreja Matriz envolve a execução de arranjos exteriores de diversos arruamentos, no âmbito dos quais estão previstas intervenções de várias especialidades técnicas, tais como arranjos exteriores dos arruamentos (pavimentos e acessibilidades), rede de iluminação pública, paisagismo (rede de rega, espaços verdes e mobiliário urbano), rede de abastecimento de água e rede de esgotos pluviais e domésticos.

Em termos de valorização, o conjunto dos trabalhos de cada especialidade tem peso semelhante no valor total da empreitada, pelo que se optou pela aplicação do n.º 2 do artigo 31º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, onde a habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, adequada à obra em causa e em classe que cubra o



valor global dispensa a exigência a que se refere o n.º 1 do mesmo artigo e diploma. Acrescenta-se ainda que, afigura-se-nos que uma obra com estas características, que abrange uma diversidade de tarefas, necessita de uma empresa que demonstre capacidade de gestão e coordenação para assumir a responsabilidade pela execução de toda a obra e tal só se consegue através de um empreiteiro geral ou construtor geral”;

N) O Tribunal de Contas dirigiu ao Município de Arruda dos Vinhos, pelo Acórdão n.º 78/2007, de 2 de Maio, e pela Decisão n.º 714/2007, de 9 de Agosto, recomendações no sentido de cumprir rigorosamente o disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro;

O) Interpelada sobre as razões pelas quais não acatou as recomendações referidas na alínea anterior, a autarquia referiu:

“ (...) cumpre assumir que, lamentavelmente, tem havido uma descoordenação entre os serviços com funções nos procedimentos concursais, não tendo sido dada a comunicação integral do teor do Acórdão n.º 78/2007, relativamente ao não cumprimento do disposto no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

Na verdade, o serviço que elaborou todo o procedimento concursal agiu sem conhecimento de tal recomendação, pois, se existisse esse conhecimento por parte do serviço, o disposto no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, teria sido certamente cumprido, conforme foi recomendado pelo Digníssimo Tribunal”.

II.2. DO PROCEDIMENTO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO

II.2.1. Da modalidade de concurso público urgente

A empreitada em apreço foi contratada através de um procedimento de *concurso público urgente*.

Esta modalidade corresponde a um procedimento acelerado de concurso público.

Esta aceleração faz-se, essencialmente, à custa do seguinte:

- O concurso é publicitado no *Diário da República* através de anúncio, do qual constam desde logo o programa do concurso e o caderno de encargos;



Tribunal de Contas

- O prazo mínimo para a apresentação de propostas pode ser reduzido até 24 horas, sendo que, em circunstâncias normais esse prazo não poderia nunca ser inferior a 9 dias ou, em caso de obras não manifestamente simples, a 20 dias;
- Não são admitidos pedidos de esclarecimentos para a boa compreensão e interpretação das peças do concurso;
- Não há lugar à identificação de eventuais erros ou omissões do caderno de encargos;
- Não se prevêem prorrogações do prazo para apresentação de candidaturas;
- Os concorrentes são obrigados a manter as suas propostas por apenas 10 dias, sem qualquer prorrogação;
- Os concorrentes não podem consultar as outras propostas apresentadas;
- Não há lugar à constituição de um júri para conduzir o procedimento;
- Não é possível pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas;
- Não há lugar à prestação de caução para garantia da celebração do contrato e do exacto e pontual cumprimento das obrigações dele decorrentes;
- O critério de adjudicação só pode ser o do mais baixo preço;
- Não são elaborados relatórios de análise das propostas;
- Não há lugar a audiência prévia antes de proferida a decisão de adjudicação;
- O adjudicatário deve apresentar os documentos de habilitação exigidos no prazo máximo de 2 dias a partir da notificação da adjudicação.

Conforme tem sido referido em vários Acórdãos deste Tribunal⁴, o recurso ao concurso público urgente deve ser considerado como um mecanismo de natureza *excepcional*, no âmbito do qual se prescinde de um conjunto de mecanismos que o legislador contemplou no procedimento de concurso público com o objectivo de garantir efectivas condições de concorrência, transparência, igualdade e imparcialidade bem como a adequada satisfação das necessidades públicas.

Tratando-se de uma modalidade procedimental que envolve uma significativa diminuição dessas garantias e do respeito pelos princípios aplicáveis, só deve ser utilizado em função de uma efectiva *urgência* que se sobreponha àqueles interesses e que, dessa forma, justifique a utilização dessa modalidade excepcional.

O artigo 155.º do CCP apenas previu a possibilidade da sua utilização para contratos de locação, de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de uso corrente. Afastou-se, por regra, a adopção dessa modalidade em casos de serviços de uso não

⁴ Veja-se, designadamente o Acórdão n.º15/2011- 5.JUL -1.ªS/PL.



corrente e de empreitadas de obras públicas, dado que estas áreas envolvem uma reflexão mais aprofundada sobre as necessidades da entidade pública, uma análise dos requisitos pretendidos e dos projectos, um eventual confronto com os locais e condições físicas em que as obras deverão ter lugar e a formação de preços ajustados às circunstâncias específicas de cada caso.

Esse ajustamento exige *tempo* para a formulação de propostas sérias, incluindo a possibilidade de esclarecer dúvidas e identificar imprecisões e, certamente, por isso, não se admitiu aí a utilização da figura do concurso público urgente.

No entanto, o Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho⁵, veio permitir que, durante o ano de 2010, e em determinadas circunstâncias, se pudesse adoptar o procedimento de concurso público urgente para a celebração de contratos de *empreitada*, o que foi também repetido, para 2011, no Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de Março⁶.

Ou seja, previu-se que, *excepcionalmente*, se utilizasse em empreitadas de obras públicas um mecanismo já de si *excepcional*, o qual não foi justificadamente concebido para ser adoptado nesse âmbito.

Ora, essa dupla excepcionalidade impõe que se use de rigor e ponderação na identificação das situações em que é possível recorrer a esta modalidade de concurso bem como na aplicação das correspondentes regras.

Este rigor e ponderação devem, pois, ter em conta que estamos perante um mecanismo excepcional que carece de ser devidamente justificado e devem ter presente que quaisquer poderes discricionários da administração estão limitados pela observância dos princípios gerais da actuação administrativa, de que se destaca o princípio da proporcionalidade.

II.2.2. Dos pressupostos para a aplicação da modalidade de concurso público urgente às empreitadas de obras públicas

Como referimos, o artigo 52.º do referido Decreto-Lei n.º 72-A/2010 permitiu que, durante o ano de 2010, e em determinadas circunstâncias, pudesse adoptar-se aquela modalidade de procedimento para a formação de contratos de empreitada de obras públicas, o que, normalmente não seria consentido pelo regime do CCP.

O estabelecimento desta possibilidade visou um maior aproveitamento dos fundos comunitários ao dispor de Portugal⁷, através da aceleração do grau de execução dos investimentos.

⁵ Decreto-Lei de execução orçamental para o ano de 2010.

⁶ Embora exigindo, nestes casos, a prestação de caução e, em 2011, também a fixação de um prazo mínimo de 15 dias para a apresentação de propostas.

⁷ Cfr., designadamente, o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 72-A/2010.



Tribunal de Contas

Ora, estando nós precisamente perante um contrato de empreitada, importaria apurar se, no caso, se verificaram as circunstâncias previstas naquela norma legal.

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, a aplicação do regime dos artigos 155.º e seguintes do CCP a procedimentos de contratação de empreitadas só poderia ter lugar desde que cumulativamente:

- a) Estivesse em causa um projecto co-financiado por fundos comunitários;
- b) O valor do contrato fosse inferior ao referido na alínea b) do artigo 19.º do CCP;
- c) O critério de adjudicação fosse o do mais baixo preço.

No Acórdão recorrido deram-se por verificados aqueles requisitos, o que agora se confirma.

II.2.3. Dos pressupostos específicos para a aplicação da modalidade de concurso público urgente

Mas é suficiente a verificação objectiva daqueles requisitos?

Este Tribunal tem considerado que continua a dever aplicar-se ao caso o regime dos artigos 155.º e seguintes do CCP, com ele necessariamente articulando o estabelecido no referido artigo 52.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 72-A/2010.

Ora, este artigo estabelece que o procedimento de concurso público urgente só pode adoptar-se em caso de *urgência*, como, aliás, é de óbvio bom senso e é imposto pela excepcionalidade do instituto e pelo aplicável princípio da proporcionalidade.

Como refere o acórdão recorrido, no seu ponto III.2.3, este requisito exprime-se por um *conceito indeterminado*, a preencher pelo recurso a valores e às circunstâncias de cada caso.

Considerando que estamos perante um desvio à tramitação normal do concurso público, que, como acima apontámos, implica o sacrifício de relevantes interesses públicos e de relevantes interesses dos concorrentes, acompanhamos o entendimento da 1.ª instância no sentido de que só poderia dar-se por verificada a exigida situação de *urgência* se se demonstrasse que a utilização de um procedimento normal resultaria ineficaz ou revelar-se-ia inidóneo para dar, em tempo oportuno, a resposta necessária a uma circunstância de risco ou perigo iminente e actual que se deva sobrepor àqueles interesses, por ameaçar seriamente a satisfação de um interesse público de maior relevo ou prioridade.

Ora, como a própria recorrente reconhece, o acto de escolha do procedimento não continha qualquer fundamentação factual que explicitasse por que razão era, no caso, imprescindível adoptar um concurso público *urgente*.



Tribunal de Contas

No entanto, não obstante a inexistência de fundamentação atempada, foi posteriormente produzida argumentação explicitando que a autarquia só conseguiria obter o financiamento comunitário de 80% do valor da obra se apresentasse uma candidatura até 29 de Outubro de 2010, em que demonstrasse que o procedimento de escolha do adjudicatário se encontrava na fase de adjudicação. Existem, no processo de 1.^a instância, documentos que comprovam que essa era, efectivamente, uma das regras do processo de candidatura.

Tendo presentes as datas referidas nas alíneas E) e F) do ponto II.1., fácil é perceber que só um procedimento acelerado como o concurso público urgente poderia permitir, no caso, cumprir as regras do processo de candidatura ao financiamento comunitário.

Assim, muito embora não esteja devida e suficientemente fundamentada e possa até resultar, em parte, de atrasos imputáveis ao município, considera-se que, no caso concreto, a adopção do concurso público urgente foi imprescindível para a obtenção do financiamento comunitário, o que se compatibiliza com as finalidades prosseguidas pelo legislador do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010 e com o princípio da proporcionalidade.

No entanto, assinala-se a ilegalidade do acto de escolha do procedimento, por violação do dever de fundamentação estabelecido no artigo 38.º do CCP e nos artigos 124.º, n.º1, e 125.º, n.º1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

O dever de fundamentação dos actos administrativos traduz a externalização das razões ou motivos determinantes da decisão administrativa e consiste na necessária expressão formal dos motivos do acto, tanto os que são de direito e que configuram a sua base legal como os motivos de facto que provocam a actuação administrativa.

A fundamentação, de harmonia com o disposto no artigo 125.º, n.º1, do CPA, deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos *de facto* e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão, neste caso, parte integrante do respectivo acto.

Ora, como acima vimos, o município não expressou atempadamente, nem nos actos que consubstanciaram as respectivas decisões, nem nas informações que os precederam, as razões *factualis* concretas para a imprescindibilidade do recurso ao concurso público urgente, o que era necessário para aferir da sua conformidade com os respectivos pressupostos e princípios aplicáveis.

A falta de fundamentação de um acto administrativo, ou a sua insuficiente fundamentação⁸, como também é jurisprudência consolidada do STA, determina a anulabilidade do acto.

⁸ Vide o artigo 125.º, n.º2 do Código do Procedimento Administrativo que dispõe que equivale à *falta de fundamentação* a adopção de fundamentos que, por *obscuridade*, *contradição* ou *insuficiência*, não esclareçam concretamente a motivação do acto.



II.2.4. Do prazo para a apresentação de propostas

O acórdão recorrido assinalou, ainda, a insuficiência do prazo fixado para apresentação de propostas.

Como se refere nesse acórdão, o artigo 158.º do CCP estabelece que, num concurso público urgente, o prazo *mínimo* fixado para a apresentação das propostas é de vinte e quatro horas.

Daqui decorre que a entidade adjudicante tem uma razoável margem de liberdade na fixação desse prazo, mas, como também bem se assinala, o enquadramento sistemático, as finalidades prosseguidas, os valores prejudicados e os princípios aplicáveis impõem que a Administração observe cuidados e princípios nessa fixação.

Tratando-se de um concurso, que visa assegurar o mais amplo acesso possível ao procedimento por parte dos interessados em contratar, tanto no seu interesse como no interesse público, o prazo deve ser fixado de tal modo que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da concorrência, tendo em conta a complexidade do contrato e o tempo necessário à elaboração de propostas.

E se nas locações, na compra de bens móveis e nas aquisições de natureza corrente, os cadernos de encargos são normalmente simples, relativos a bens padronizados, e as propostas se limitam, com frequência, a indicar o preço comercial do produto identificado, para tanto podendo ser suficiente um prazo de vinte e quatro horas, já o mesmo não sucede nas empreitadas.

As propostas para a realização de obras envolvem uma análise mais aprofundada dos requisitos pretendidos e dos projectos, um eventual confronto com os locais e condições físicas em que as obras deverão ter lugar e a formação de preços ajustados às circunstâncias específicas de cada caso. Ora, esse ajustamento exige *tempo* para a formulação de propostas sérias.

Por isso, este Tribunal tem considerado que o prazo mínimo de vinte e quatro horas é *manifestamente* inadequado aos concursos de empreitada.

O artigo 35.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de Março, veio reconhecer este desajustamento e fixou um prazo mínimo de 15 dias para apresentação de propostas nos concursos públicos urgentes para a realização de empreitadas de obras públicas, exigência que, no entanto, não podemos aplicar de forma retroactiva.

A questão que se coloca é, então, a de saber se, no caso, um prazo de 5 dias era, ou não, *manifestamente* insuficiente para a identificação da existência do concurso por parte de potenciais concorrentes e para que os mesmos elaborassem propostas sérias.

Embora não o tendo esclarecido nos actos que fixaram os termos do concurso, o que constitui falta de fundamentação nos termos explicitados no ponto anterior, a autarquia veio explicitar que o prazo de 5 dias foi, no caso, imprescindível para o cumprimento



dos prazos e das condições de candidatura ao financiamento comunitário e se continha nos limites da sua discricionariedade⁹.

Ora, tendo em atenção a proximidade à data de apresentação das candidaturas, estando a imprescindibilidade do prazo justificada para este caso concreto e não podendo afirmar-se com certeza que o tempo dado não tenha sido suficiente para a apresentação de propostas por parte dos interessados em concorrer, não é possível a este Tribunal afirmar que o prazo é, em concreto, *manifestamente* violador do princípio da proporcionalidade.

II.3. DAS HABILITAÇÕES TÉCNICAS EXIGIDAS

O artigo 31º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, dispunha o seguinte:

- “1 - Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.*
- 2 - A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.”*

Sobre a correcta interpretação e utilização destas normas nos procedimentos concursais para a realização de empreitadas de obras públicas, tem este Tribunal abundante e uniforme jurisprudência¹⁰.

A mencionada jurisprudência afirma que a forma pela qual devem ser descritos os requisitos de habilitação técnica dos concorrentes nos documentos que disciplinam os concursos deve reflectir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as citadas disposições do artigo 31.º, devendo fazer-se constar do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 ou as duas hipóteses resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas nunca apenas a habilitação referida no n.º 2.

No concurso em referência, e conforme resulta do referido no ponto II.1.L) acima, exigiu-se a habilitação de empreiteiro geral em classe correspondente ao valor global da obra e, ainda, habilitação em várias subcategorias para o valor dos correspondentes trabalhos.

⁹ Cfr. n.ºs I.3 e II.1.C), F) e K) deste Acórdão.

¹⁰ Vejam-se, designadamente, os Acórdãos da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, proferidos em Subsecção, n.ºs 16/2004, 182/2004, 11/2005, 159/2005, 179/2005, 187/2005, 193/2005, 210/2005, 218/2005, 219/2005, 223/2005, 810/2005, 1088/2005, 1249/2005, 1290/2005, 9, 10 e 11/2006, 14/2006, 16/2006, 22/2006, 27/2006, 40/2006, 46/2006, 60/2006, para citar apenas alguns.



Tribunal de Contas

Ao exigir-se que os concorrentes detivessem as habilitações referidas no n.º 2 do referido artigo 31.º em classe correspondente ao valor global da proposta, afirmou-se que as habilitações referenciadas no n.º 1 do mesmo artigo não eram suficientes e impediu-se que aqueles que as detinham pudessem candidatar-se ao concurso.

Fizeram-se, assim, exigências de habilitação técnica superiores às estabelecidas na lei, as quais conduziram a uma redução ilegal do universo de potenciais candidatos.

Como se referiu no Acórdão recorrido, e se assinala no ponto II.1.N) acima, a autarquia já havia sido alertada pelo Acórdão n.º 78/2007, de 2 de Maio, e pela Decisão n.º 714/2007, de 9 de Agosto, para a ilegalidade em causa e para a necessidade de cumprir rigorosamente o disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

Estas recomendações foram formuladas antes da abertura do presente procedimento concursal, podendo e devendo a autarquia ter-lhes dado acatamento.

Como resulta do referido na alínea O) do ponto II.1 e na alínea e) do ponto I.3., a recorrente reconhece erro de entendimento e descoordenação dos serviços nesta matéria, pedindo a relevação da falta e comprometendo-se a cumprir escrupulosamente a lei em casos futuros.

II.4. DA RELEVÂNCIA DAS ILEGALIDADES VERIFICADAS

Conclui-se, assim, que, no procedimento que precedeu o contrato em análise, se verificaram as seguintes ilegalidades:

- a) Falta de fundamentação do acto de abertura do concurso público urgente, em violação do disposto no artigo 38.º do CCP e dos artigos 124º, nº1, e 125º, nº1, do CPA;
- b) Falta de fundamentação da decisão de fixação do prazo de apresentação de propostas, em violação do disposto nos artigos 124º, nº1, e 125º, nº1, do CPA;
- c) Exigência de habilitações técnicas superiores às legalmente permitidas, em violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

As ilegalidades assinaladas eram susceptíveis de alterar o resultado financeiro do procedimento, e, desse modo, enquadram o fundamento de recusa de visto previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Efectivamente, se as mesmas não se tivessem verificado, em especial a referida na alínea c), outros poderiam ter sido os concorrentes e as propostas e outro o contrato celebrado.



Tribunal de Contas

E, como tem sido amiúde referido em inúmeros Acórdãos deste Tribunal, quando na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC se diz que constitui fundamento da recusa de visto a “*Ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

Verifica-se, no entanto, neste caso:

- Que foi possível, com base na fundamentação feita posteriormente, inclusive em sede de recurso, dar por preenchidos os pressupostos da escolha do procedimento;
- Que o prazo fixado para a apresentação das propostas não pode ser considerado *manifestamente* insuficiente;
- Que não está demonstrado que a alteração do resultado financeiro tenha efectivamente ocorrido;
- Que a autarquia reconhece espontaneamente os erros cometidos e afirma um compromisso sério de não os repetir.

Assim, não obstante as ilegalidades verificadas e o seu enquadramento no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, consideramos que as circunstâncias concretas do caso permitem e aconselham a utilização do mecanismo previsto no artigo no n.º 4 do mesmo artigo.



III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em:

1. Dar provimento ao recurso, revogando a decisão recorrida e concedendo o visto ao contrato.
2. Recomendar ao Município de Arruda dos Vinhos que, em futuros procedimentos:
 - a. Fundamente, de facto e de direito, os actos de escolha dos procedimentos de contratação, em respeito pelo disposto no artigo 38.º do CCP e nos artigos 124.º, n.º1, e 125.º, n.º1, do CPA;
 - b. Nesse sentido, quando recorra a procedimentos de concurso público urgente, explicita, de forma clara e por referência aos respectivos pressupostos, por que razões esse recurso é imprescindível;
 - c. Fundamente, nos concursos públicos urgentes, as decisões de fixação dos prazos de apresentação de propostas, tornando perceptíveis as razões por que esses prazos não podem deixar de ser encurtados relativamente aos prazos normais dos procedimentos de concurso;
 - d. Dê cumprimento ao estipulado no artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de Junho, abstendo-se de fixar exigências de habilitação técnica superiores às permitidas por lei;
 - e. Dê aos serviços camarários as necessárias orientações para que a lei e as recomendações deste Tribunal sejam conhecidas e cumpridas.
3. Alertar o mesmo Município para que o não acatamento das recomendações deste Tribunal pode constituir infracção financeira punível, nos termos do disposto na alínea j) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 65.º da LOPTC.

São devidos emolumentos nos termos dos artigos 17.º, n.º 3, e 5.º, n.º 1, alínea b), do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.



Tribunal de Contas

Lisboa, 15 de Novembro de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Helena Ferreira Lopes)

(José Luís Pinto Almeida)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)