

ACÓRDÃO N° 15/11 - 22.MAR.2011 - 1ª S/SS
Proc. n° 1872/2010

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção:

I - RELATÓRIO

A **Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada, celebrado em 15 de Dezembro de 2010, com a empresa “**EMPRITAF - Construção Civil e Obras Públicas, Lda.**”, pelo valor de 436.203,08 €, acrescido de IVA, tendo por objecto a “**Recuperação do Antigo Edifício dos Paços do Concelho e Adaptação a Espaço Histórico e Cultural - Paços da Memória**”.

II - MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

A) O contrato foi precedido de concurso público urgente, com invocação do disposto no artigo 52º, do DL n° 72-A/2010 de 18 de Junho e dos artigos 155º e seguintes, do Código dos Contratos Públicos (CCP), sendo que o respectivo aviso de abertura foi publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 14 de Outubro de 2010;

B) A escolha do tipo de procedimento pré-contratual mencionado na alínea anterior, teve por base a Informação Interna nº435/2010, produzida pela Divisão de Obras Municipais, Ambiente e Qualidade de Vida, da Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos, datada de 12 de Outubro de 2010, a qual, quanto a este aspecto, refere que “*O Decreto-Lei n° 72-A/2010 de 18 de Junho estabelece as normas de execução do Orçamento do Estado para 2010 e permite, em conformidade com o regime constante do artigo 52º, que, durante este ano de 2010 se possa utilizar o procedimento de concurso público urgente na formação de contratos de empreitadas de obras públicas, cujos projectos sejam co-financiados por fundos comunitários...*”.

C) Em 18 de Outubro de 2010, a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos, em reunião ordinária, deliberou ratificar o despacho do seu Presidente, datado de 14 de Outubro do mesmo ano, que autorizara a abertura do concurso público urgente para a execução da empreitada referida em **I**, de acordo com a Informação Interna nº 435/2010, citada na alínea anterior;

D) Ao concurso apresentaram-se 2 concorrentes, tendo sido excluído um;

E) O prazo de execução da obra é de 270 dias;

F) A consignação da obra ainda não ocorreu;

G) O preço base da empreitada foi de 505.344,52 €;

- H)** O critério de adjudicação foi o do preço mais baixo;
- I)** O ponto 9 do Anúncio de abertura do concurso estabeleceu que as propostas deveriam ser apresentadas até às 23 horas e 59 minutos do *quinto dia*, a contar da data do envio do anúncio para publicação no *Diário da República*;
- J)** O Anúncio de abertura do concurso foi enviado para publicação no *Diário da República*, no dia 14 de Outubro de 2010, pelas 17 horas e 30 minutos, e dele constam a indicação do objecto e do tipo de contrato; a designação deste; a menção dos documentos que instruem as propostas e a informação do serviço onde se encontram disponíveis as peças do concurso para consulta dos interessados; a informação de que o meio electrónico para a apresentação das propostas era a plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante (www.bisgov.pt) e, ainda, informação sobre o Programa de Concurso e sobre o Caderno de Encargos;
- K)** A obra foi adjudicada por deliberação da Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos, de 2 de Novembro de 2010;
- L)** A presente empreitada dispõe de um apoio financeiro do “Programa Operacional Regional do Centro – Mais Centro”, na sequência de candidatura apresentada no âmbito do Protocolo de Financiamento “Política de Cidades – Parcerias para a Regeneração Urbana” celebrado entre o Município de Arruda dos Vinhos e o referido Programa Operacional, tendo tal candidatura sido aprovada pela Comissão Directiva do dito Programa, em reunião havida em 4 de Março do corrente ano;
- M)** No ofício de remessa do presente contrato para fiscalização prévia deste Tribunal, a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos informou que “... a decisão de proceder à abertura de concurso público urgente, ao abrigo do disposto no artigo 52º do Decreto-Lei nº 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 a candidatura no âmbito do Balcão Permanente, sendo que apenas seriam admitidas as que se encontrassem em intenção de adjudicação...”;
- N)** Questionada a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos sobre como considerava compatível com a natureza da obra e a observância do princípio da concorrência, o estabelecimento de um prazo de 5 dias para a apresentação de propostas, veio a Autarquia remeter o ofício nº 16/2011, com a referência 16/GJC/2011, de 10-03-2011, no qual se diz o seguinte:
- “... importa referir que: tendo esta Câmara Municipal optado pelo concurso público urgente, previsto nos artigos 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos, por se encontrarem reunidos os pressupostos exigidos no n.º 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, designadamente, o contrato de empreitada ter por base um projecto co-financiado pelo Programa Operacional Regional do Centro, no âmbito de uma candidatura apoiada pelo FEDER e para o qual existe um Protocolo de Financiamento; o valor estabelecido na alínea b) do artigo 19.º do Código dos Contratos Públicos; e o critério de adjudicação ser o do mais baixo preço.*”

Acrescendo a tudo isto, a situação de urgência concretizada no risco de perder o prazo de candidatura de 29.10.2010, previsto no Aviso de Candidatura para Submissão das Candidaturas da Mais Centro.

Deste modo, face ao tipo de procedimento adoptado, o prazo de cinco dias para apresentação das propostas cumpre, efectivamente, o prazo mínimo de 24 horas estipulado no artigo 158.º do Código dos Contratos Públicos...”.

O) No ponto 3.1. do Programa do procedimento, foi exigido aos concorrentes, em termos de habilitações, a classificação como empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios de construção tradicional na 1ª categoria, em classe correspondente ao valor previsto da construção, bem como as 2ª, 5ª, 6ª, 7ª e 8ª subcategorias da 1ª categoria, as 1ª, 7ª, 8ª, 9ª e 10ª subcategorias da 4ª categoria e ainda as 1ª, 5ª e 12ª subcategorias da 5ª categoria, em classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem;

P) Questionada a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos sobre as razões pelas quais efectuou a exigência prevista na alínea anterior, veio a Autarquia responder o seguinte:

“... A empreitada de recuperação do antigo edifício dos Paços do Concelho e adaptação a espaços histórico cultural – Paços da Memória, tem em vista a adaptação do antigo edifício dos Paços do Concelho de Arruda dos Vinhos e um espaço cultural adequado à exposição pública do património histórico-cultural do concelho;

Esta obra envolve uma diversidade de especialidades que terão que ser articuladas por uma única entidade, o que só é conseguido com a atribuição de empreiteiro geral ou construtor geral, nos termos do nº 2 do artigo 43º do CCP...”.

Q) Nos itens 10.1.1 a 10.1.9, 13.4.7 e 1.1.4. do mapa de quantidades posto a concurso indicam-se marcas comerciais, sem que estas estejam acompanhadas da expressão “ou equivalente”, entre as quais as seguintes:

“Sanindusa”, “Warema Screen”, “Televés” e “Sinalux”.

R) Sobre a matéria referida na alínea anterior, foi questionada a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos, a qual informou o seguinte:

“... Pela observação do mapa de quantidades, verifica-se que foi utilizada genericamente, a fixação de especificações técnicas por referência, acompanhada da menção “tipo ou equivalente”, tendo esporadicamente e por lapso, não se efectuando tal referência, pelo que se apela ao Digníssimo Tribunal que releve tal facto...”.

S) À Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos foram efectuadas duas recomendações no sentido de cumprir rigorosamente o disposto no nº1, do artigo 31º, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, o que foi transmitido à Autarquia pelo Acórdão nº 78/2007, de 2 de Maio de 2007 e pela Decisão, em sessão diária de visto, nº 714/2007, de 9 de Agosto de 2007, ambos deste Tribunal e uma recomendação no sentido de não incluir, no mapa de quantidades, marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”, o que foi estabelecido pela Decisão, em sessão diária de visto, nº 284/2005, de 21 de Março de 2005;

T) Questionada a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos sobre as razões pelas quais não acatara as recomendações referidas na alínea anterior, veio a mesma responder, em resumo, o seguinte:

“... 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 12/20004, de 9 de Janeiro.

Na verdade, o serviço que elaborou todo o procedimento concursal agiu sem conhecimento de tal recomendação ...”.

III - O DIREITO

1. Suscitam-se, no presente processo, três questões:

- a) Uma, atinente ao facto de ter sido adoptado um concurso público urgente, nos termos do artigo 52º, nº2, do DL nº 72-A/2010 de 18 de Junho e dos artigos 155º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), a anteceder a celebração do contrato, ora submetido a fiscalização prévia deste Tribunal;
- b) Uma outra, relacionada com as habilitações exigidas aos concorrentes;
- c) Uma terceira relacionada com a inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas da expressão “ou equivalente”.

2. Vejamos, então, em que se traduz a primeira das questões atrás indicadas:

O artigo 52º, do DL nº 72-A/2010 de 18 de Junho¹, sob a epígrafe “*Disposições específicas na aquisição de bens e serviços*”, dispõe o seguinte, no seu nº 2:

Artigo 52º

Disposições específicas na aquisição de bens e serviços

.....

2 – Pode adoptar-se o procedimento do concurso público urgente, previsto nos artigos 155º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), na celebração de contratos de empreitada, desde que:

- a) Se trate de um projecto co-financiado por fundos co-munitários;*
- b) O valor do contrato seja inferior ao referido na alínea b), do artigo 19º, do CCP; e*
- c) O critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.*

.....

Por seu lado, o artigo 155º do CCP, integrado na Secção VII (Concurso público urgente), do Capítulo II, do Título III, da Parte II do mesmo Código, sob a epígrafe “*Âmbito e pressupostos*”, estabelece o seguinte:

Artigo 155º

Âmbito e pressupostos

Em caso de urgência na celebração de um contrato de locação, ou de aquisição de bens imóveis ou de aquisição de serviços de uso corrente para a entidade adjudicante, pode

adoptar-se o procedimento de concurso público nos termos previstos na presente secção, desde que:

- a) O valor do contrato a celebrar seja inferior aos referidos na alínea b) do nº1 e no nº2, do artigo 20º, consoante o caso; e*
- b) O critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.*

Uma das particularidades mais salientes do regime do concurso público urgente é a que consta do artigo 158º do CCP, relativamente ao prazo para a apresentação das propostas.

É a seguinte a redacção deste artigo 158º:

Artigo 158º

Prazo mínimo para a apresentação das propostas

O prazo mínimo para a apresentação das propostas é de vinte e quatro horas, desde que estas decorram integralmente em dias úteis.

2. 1. Verifica-se, assim, que, durante a vigência do citado DL nº 72-A/2010, o legislador entendeu estender o regime do concurso público urgente, previsto nos artigos 155º e seguintes do CCP, aos contratos de empreitada, desde que ocorressem os pressupostos definidos nas alíneas a) a c) do nº2, do artigo 52º daquele diploma legal.

Analisemos, então, esta ampliação do regime do concurso público urgente às empreitadas de obras públicas, começando por observar se se verificam os pressupostos exigidos pelo nº2, deste artigo 52º, do DL nº 72-A/2010, tendo em conta a matéria de facto dada por assente no probatório:

- Temos, por um lado, que o presente contrato de empreitada se destina à recuperação do antigo edifício dos Paços do Concelho de Arruda dos Vinhos e adaptação a Espaço Histórico e Cultural Espaço de Memória. Por outro lado, trata-se de um projecto co-financiado pelo Programa Operacional Regional do Centro, no âmbito de uma candidatura já aprovada pela Comissão Directiva do referido Programa;

- Por outro lado, o valor do contrato (436.203,08 €) é inferior ao valor estabelecido na alínea b), do artigo 19º, do CCP.

- Além disso, o critério de adjudicação é o do mais baixo preço.

Ocorrem, pois, todos os pressupostos que, no âmbito do nº2, do citado artigo 52º, são fixados para que seja possível a adopção do mecanismo excepcional de aplicação do procedimento do *concurso público urgente*, regulado pelos artigos 155º e seguintes do CCP.

E dizemos mecanismo excepcional de aplicação do procedimento do concurso público urgente, regulado pelos artigos 155º e seguintes do CCP, pelas razões seguintes:

Por um lado, o DL nº 72-A/2010 é um diploma que visa estabelecer disposições relativas à execução do Orçamento do Estado para 2010 e não matérias relativas à contratação pública.

Por outra banda, o artigo 52º, deste diploma legal, tem por epígrafe, como se disse, “Disposições específicas na aquisição de bens e serviços” e, não obstante, regula, num dos seus números, matéria concernente a empreitadas de obras públicas.

Além disso, se é certo que o artigo 155º do CCP define o âmbito e os pressupostos de aplicação do concurso público urgente, logo se vê que esta modalidade de concurso não está vocacionada, nem prevista, para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, o que, aliás, bem se compreende, dado que a apresentação de propostas, para este tipo de obras, se insere num procedimento pré-contratual mais elaborado e demorado, que se não compagina com o procedimento “aligeirado” que se encontra previsto nos artigos 155º e seguintes do CCP.

Por isso, é que, ao prever a adopção do concurso público urgente, este artigo 155º estabelece que tal procedimento é aplicável *em caso de urgência*, e, por outro lado, na celebração de um *contrato de locação*, ou de *aquisição de bens móveis*, ou ainda de *aquisição de serviços de uso corrente* para a entidade adjudicante.

Ora, uma vez que o artigo 157, nº2, do CCP, estabelece, relativamente ao concurso público urgente, que o programa de concurso e o caderno de encargos devem constar do anúncio do concurso, manifesto é que tal regime não é compatível com o conteúdo de um anúncio de abertura de um procedimento respeitante à celebração de um contrato de empreitada, pois que, como é óbvio, não é possível, designadamente, incorporar no anúncio os elementos de solução da obra que devem integrar o caderno de encargos, em conformidade com o que estabelece o artigo 43º, do mesmo Código.

Por outro lado, como se disse acima, o artigo 158º do CCP estabelece que o *prazo mínimo para a apresentação das propostas* é de *vinte e quatro horas*, desde que estas decorram integralmente em dias úteis.

Ora, se repararmos na redacção do artigo 135º, do mesmo Código, verificamos que, de acordo com o seu nº1, para a apresentação de propostas num concurso público cujo anúncio não seja publicado no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)* não pode ser fixado um prazo inferior a 9 dias.

Além disso, e no concerne, especificamente, ao procedimento de formação de um *contrato de empreitada de obras públicas*, o prazo para a apresentação de propostas é de **20 dias**, a contar da data do envio do anúncio para publicação no *Diário da República*.

Só em caso de *manifesta simplicidade dos trabalhos* necessários à realização da obra, é que o CCP, no nº2, do mesmo artigo 135º, estabelece que aquele prazo mínimo, para a apresentação de propostas, pode ser reduzido em 11 dias, ou seja, pode a apresentação de propostas ser efectuada num prazo de apenas **9 dias**.

Assim é que um prazo mínimo de 24 horas, para a apresentação de propostas - tal como fixado no artigo 158º, do CCP - podendo ser admissível num procedimento que tenha em vista à prestação de certos serviços, ou ao fornecimento de bens móveis, não se coaduna com a natureza dos contratos de empreitada.

É que tal prazo de 24 horas não se mostra conforme com as exigências que decorrem da observância do princípio da proporcionalidade - com assento constitucional - e ainda com o respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência.

Aliás, os elementos exigidos pelo artigo 57º, nºs 1 e 2, do CCP, para o conteúdo das propostas, mostram amplamente a complexidade que está associada à celebração de contratos de empreitada de obras públicas e que não é comparável, sequer, com o procedimento inerente à celebração de contratos de aquisição de serviços ou de aquisição de bens móveis.

Efectivamente, num procedimento conducente à formação de contratos de empreitada de obras públicas, as propostas dos concorrentes são constituídas pelos documentos mencionados no nº1, do artigo 57º do CCP e ainda pelos elementos referidos no nº2, deste normativo, ou seja: *i)* uma lista dos preços unitários de todas as espécies de trabalhos previstas no projecto de execução; *ii)* um plano de trabalhos, tal como definido no artigo 361º do mesmo Código, quando o caderno de encargos seja integrado por um projecto de execução; *iii)* um estudo prévio, nos casos previstos no nº3, do artigo 43º do CCP, competindo a elaboração do projecto de execução ao adjudicatário.

2. 2. De acordo com o estabelecido no artigo 156º, nº1, do CCP, o procedimento de concurso público urgente rege-se, com as necessárias adaptações, pelas disposições que regulam o concurso público, em tudo o que não esteja especialmente previsto nos artigos seguintes, ou que com estes seja incompatível.

Uma das formalidades essenciais a observar, no concurso público urgente, é, como se dispõe no artigo 157º, nº1, do CCP, a publicitação do mesmo no *Diário da República*, através de anúncio conforme modelo aprovado por Portaria dos ministros responsáveis pela edição do *Diário da República* e pelas áreas das finanças e das obras públicas.

Por outro lado, devem constar do anúncio, o programa do concurso e o caderno de encargos, de harmonia com o definido no nº2, do mesmo artigo 157º, do CCP.

Acontece que a portaria, atrás referida, é a Portaria nº 701-A/2008 de 29 de Julho, a qual, de acordo com o seu artigo 1º, nº1, al. b), contém no seu **Anexo II**, o *modelo de anúncio de concurso público urgente*.

Tal modelo especifica que o anúncio deste concurso deve incluir informação, designadamente, sobre o "*objecto do contrato*" (vide o nº 2 do Anexo II), e, dentro deste, a designação do contrato², com a descrição sucinta do seu objecto, bem como o tipo de contrato³ (locação de bens imóveis/aquisição de bens

móveis/aquisição de serviços)⁴, para além do *Programa de Concurso* (nº12 do Anexo II) e do *Caderno de Encargos* (nº13 do mesmo Anexo II), os quais são de preenchimento obrigatório.

No caso em apreço, o anúncio do concurso foi publicado no *Diário da República*, e obedeceu ao modelo previsto na citada Portaria nº 701-A/2008, prevendo a informação prevista naquele Anexo II, incluindo a respeitante ao Programa de Concurso e ao Caderno de Encargos.

Assim, e deste ponto de vista, não ocorre qualquer ilegalidade.

2. 3. Importa, todavia, e de seguida, analisar a verificação de um outro relevante pressuposto para a adopção do citado procedimento, qual seja o da ocorrência de uma situação de **urgência**.

Já vimos que se trata, aqui, de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas, que só pode ser objecto de um concurso público urgente, em face da existência de uma norma (artigo 52º, nº2, do DL nº 72-A/2010 de 18 de Junho) que o consente, mas, excepcionalmente, e dentro dos apertados termos a que acima aludimos.

Contudo, a adopção de um procedimento de concurso público urgente, ao abrigo do disposto no artigo 155º e seguintes do CCP, tem, desde logo, um pressuposto prévio, que é determinante da sua admissibilidade, ou não, no caso em apreço: a circunstância de se estar perante um caso de *urgência na celebração do contrato* a que se destina.

O termo *urgente* veicula um *conceito indeterminado*.

Conceitos indeterminados ou *conceitos standard*, são, como referem J. M. SANTOS BOTELHO, A. PIRES ESTEVES e J. CÂNDIDO DE PINHO⁵, aqueles que, por concreta opção do legislador, envolvem uma definição normativa imprecisa a que, na fase de aplicação, se deverá dar uma significação específica, em face de factos concretos, de tal forma que o seu emprego *exclui* a existência de várias soluções possíveis.

Por isso, constituindo a *urgência* um conceito com esta natureza, torna-se necessário proceder a operações tendentes à sua concretização específica, o que passa pelo recurso a *valores* e após ponderação das circunstâncias de cada caso.

A *urgência*, como fundamento de um desvio à tramitação normal dos procedimentos administrativos constitui, como salienta ANDRADE DA SILVA⁶, uma excepção à regra da concorrência nos termos gerais.

Uma vez que a caracterização e o preenchimento do conceito de urgência, carece apreciação casuística, pode afirmar-se que, para que uma situação possa ser considerada de urgência, terá que se estar perante um caso em que a utilização de um procedimento normal resultaria ineficaz ou revelar-se-ia inidóneo para dar, em tempo oportuno, a resposta necessária.

Há que assinalar, aliás, que a *urgência* se distingue da *celeridade*, dever que impende sobre a Administração, nos termos do disposto no artigo 57º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Na verdade, a celeridade procura atingir outros valores, designadamente a prontidão e a eficácia da acção administrativa.

Ao invés, uma situação de urgência tem a ver com casos em que a Administração se vê confrontada com uma circunstância de risco ou perigo iminente e actual que ameace seriamente a satisfação de certo interesse público ou a satisfação prioritária de certos interesses públicos⁷.

No caso *sub judice*, porém, não se configura qualquer situação de urgência, com estes contornos, que tenha sido determinante da adopção do modelo de concurso público urgente.

Efectivamente, como resulta da matéria de facto dada por assente na alínea **M)** do probatório, e no que concerne à urgência justificativa da adopção do procedimento pré-contratual utilizado, a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos veio dizer que a decisão de proceder à abertura de um concurso público urgente, ao abrigo do disposto no artigo 52º do DL nº 72-A/2010 de 18 de Junho teve por base o facto de a obra em questão ser co-financiada por fundos comunitários, no âmbito do Programa Operacional Regional do Centro “Mais Centro”, e o prazo limite para submeter a candidatura a esse financiamento ser o dia 29 de Outubro de 2010.

Ora, como já várias vezes decidiu este Tribunal⁸, a invocação da utilização de fundos comunitários, não serve como fundamento justificativo de urgência.

Por isso, não pode tal circunstância constituir fundamento da adopção de um procedimento pré-contratual com a natureza de um concurso público urgente.

Além disso, e em abono do que se disse quanto à não verificação de uma situação de urgência, ainda se pode afirmar que não se evidenciam razões que pudessem justificar a existência de urgência na recuperação do antigo edifício dos Paços do Concelho de Arruda dos Vinhos, e na necessidade da sua adaptação a Espaço Histórico e Cultural.

Assim, não se mostrando existir uma situação de urgência na efectivação da obra, a que se refere o presente contrato, motivo não havia para a adopção do concurso público urgente previsto nos artigos 155º e seguintes do CCP, não obstante essa modalidade poder ser utilizada *ex vi* da verificação dos pressupostos indicados nas alíneas a), b) e c) do nº2, do artigo 52º, do DL nº 72-A/2010 de 18 de Junho.

2. 4. No caso em apreço, e com a utilização do concurso público urgente, foi estabelecido, no respectivo anúncio de abertura, que a apresentação de propostas deveria ser efectuada até às 23 horas e 59 minutos do *quinto dia* a contar do envio, para publicação, do dito anúncio.

Embora, como se disse acima, o artigo 158º do CCP estabeleça que o prazo mínimo, para a apresentação de propostas, num concurso público urgente, é de vinte e quatro horas, cabe aqui indagar da admissibilidade e da conformidade legal de tal prazo, no caso vertente.

Na verdade, como vimos atrás, por ausência de verificação de uma situação de urgência, não era possível, para a celebração de um contrato de empreitada de

obras públicas, recorrer-se a um procedimento de concurso público urgente, nos termos previstos na Secção VII, do Capítulo II, do Título III, da Parte II, do CCP. Assim, cabe perguntar se, para a apresentação de propostas para um concurso de empreitada de obras públicas, é suficiente o prazo de cinco dias, tal como foi estabelecido no caso em apreço.

É que não pode deixar de ser questionável se o referido prazo de cinco dias permite a elaboração completa, fundamentada e consistente de propostas para a realização da obra posta a concurso.

Além disso, também se pode questionar se aquele prazo de cinco dias permite o acesso, ao concurso, do mais vasto leque possível de concorrentes e, com isso, a observância dos princípios da igualdade e da concorrência estabelecidos no artigo 1º, nº4, do CCP.

Para estas questões, a resposta não pode deixar de ser **negativa**.

Efectivamente, importa recordar que, como se assinalou atrás, o artigo 135º, nº1, do CCP estabelece que o **prazo mínimo** para a apresentação de propostas, no caso de se tratar de um procedimento tendente à celebração de um contrato de empreitada de obras públicas, é de **20 dias**, a contar do envio, para publicação, do respectivo anúncio de abertura.

Só em caso de *manifesta simplicidade dos trabalhos* é que a lei consente que tal prazo mínimo pode ser diminuído, e, ainda assim, **não pode ser inferior a 9 dias**.

Ora, tratando-se, no caso em apreço, de uma obra de recuperação do antigo edifício dos Paços do Concelho de Arruda dos Vinhos e da sua adaptação a Espaço Histórico e Cultural, e tendo presente o valor do contrato em causa, bem como o prazo de execução da obra, não poderá dizer-se que se está perante trabalhos com manifesta simplicidade.

Mas, ainda que assim fosse, o certo é que o prazo para a apresentação das propostas, que foi fixado, é inferior ao citado prazo mínimo de 9 dias, definido legalmente para a apresentação de propostas relativas a uma obra que tenha essa natureza!

Reconhecendo-se, à entidade adjudicante, alguma margem de liberdade na fixação do prazo de apresentação de propostas, pelos operadores económicos que desenvolvem a sua actividade no mercado, tal liberdade está limitada pela observância dos princípios da proporcionalidade e da concorrência, devendo ser utilizada de modo a assegurar e respeitar estes princípios.

É que, como acentuou o Acórdão de 25 de Março de 2010, do Tribunal Central Administrativo Norte⁹, na concretização dos princípios da proporcionalidade e da concorrência, devem ainda ser observados os deveres de prossecução do normal funcionamento do mercado e da protecção subjectiva dos potenciais concorrentes, por forma a assegurar o mais amplo acesso aos procedimentos, por parte dos interessados em contratar.

Ora, esse amplo acesso ao procedimento, não está minimamente assegurado com o estabelecimento de um prazo de cinco dias para a apresentação de propostas.

Aliás, importa reter que o prazo para apresentação de propostas é uma matéria a que a Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, dá especial relevo.

Na verdade, o artigo 38º, nº1, desta Directiva, determina que as entidades adjudicantes, ao fixarem os prazos de recepção das propostas e dos pedidos de participação, deverão ter em conta, especialmente, a complexidade do contrato e o tempo necessário à elaboração das propostas. A este propósito deve, também lembrar-se que o nº4, do mesmo artigo 38º, estabelece que no caso de as entidades adjudicantes terem publicado um anúncio de pré-informação, o prazo mínimo para a recepção das propostas pode ser reduzido, mas *nunca para menos de 22 dias*.

Por outro lado, há que salientar que o recentemente publicado decreto-lei de execução orçamental para 2011 - o DL nº 29-A/2011 de 1 de Março - continuando, embora, a permitir a adopção do procedimento de concurso público urgente, para celebração de contratos de empreitada, verificados que sejam os pressupostos que já eram exigidos pelo nº2, do artigo 52º do DL nº 72-A/2010 de 18 de Junho, estabelece, no seu artigo 35º, nº6, que a tal procedimento é aplicável o prazo mínimo de 15 dias para apresentação de propostas.

A celeridade é um elemento essencial de um Estado de Direito.

Porém, como resulta da lição de MARTIN BULLINGER¹⁰, a necessidade de celeridade, pode, também, ser olhada como um perigo para este mesmo Estado de Direito, já que pode conduzir a uma consideração da factualidade e da situação jurídica, sem a profundidade exigida para uma correcta aplicação da lei, e, dizemos nós, ao atropelo de princípios fundamentais que a lei entendeu salvaguardar sem tibiezas.

2. 5. Nesta conformidade, resulta de todo o exposto que, no caso em apreço, foi utilizado um procedimento que não garante a observância do princípio da proporcionalidade, nem o respeito pelos princípios da legalidade, da concorrência e da igualdade previstos no artigo 1º, nº4, do Código dos Contratos Públicos.

3. No que se refere à segunda questão que se coloca neste processo, ou seja a das **habilitações** exigidas aos concorrentes, importa dizer o seguinte:

Dispõe o artigo 31º do DL nº 12/2004, de 9 de Janeiro:

Artigo 31º

Exigibilidade e verificação das habilitações

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.

Resulta, assim, deste normativo, que se o dono da obra posta a concurso, exigir apenas o que consta do nº1, deste artigo 31º, não viola qualquer dispositivo relativo às habilitações exigidas aos empreiteiros.

Por outro lado, se, no anúncio e no programa do concurso, o dono da obra possibilitar que, quer os empreiteiros com a habilitação mencionada no nº1, do artigo 31º, quer os empreiteiros com a habilitação referida no nº2, do mesmo normativo, podem concorrer, também não viola qualquer dispositivo legal relativo às habilitações exigidas aos empreiteiros.

Ao invés, porém, se apenas exigir o que consta do nº2, do citado artigo 31º, ou seja, se apenas exigir a habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, ou se exigir, cumulativamente, as habilitações que constam dos nºs 1 e 2 do dito artigo 31º, está a violar o disposto no nº1 do dito artigo 31º.

3.1. No caso *sub judice*, foi exigido o alvará de empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios de construção tradicional na 1ª categoria, em classe correspondente ao valor previsto para a construção, as 2ª, 5ª, 6ª, 7ª e 8ª subcategorias da 1ª categoria, as 1ª, 7ª, 8ª, 9ª e 10ª subcategorias da 4ª categoria e ainda as 1ª, 5ª e 12ª subcategorias da 5ª categoria, em classe correspondente à partes dos trabalhos a que respeitem (vide alínea **O**) do probatório), o que preenche a exigência cumulativa do que se encontra previsto nos nºs 1 e 2 do referido artigo 31º, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro.

Ao não ter sido exigida uma única subcategoria, em classe que cobrisse o valor global da obra, de acordo com o disposto no nº1, do artigo 31º do mesmo DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, criaram-se condições para a redução do universo de potenciais concorrentes ao concurso, bem como para a alteração do resultado financeiro do contrato.

Foi, por isso, violado o disposto no nº1, do artigo 31º, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro.

3. 2. Por outro lado, e neste contexto, deve salientar-se o facto de a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos já ter sido objecto de duas recomendações relativamente ao cumprimento do disposto no artigo 31º, nº1, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, recomendações essas que lhe foram transmitidas pelo Acórdão nº 78/2007, de 2 de Maio de 2007 e pela Decisão, em sessão diária de visto, nº 714/2007 de 9 de Agosto de 2007.

Questionada sobre as razões do não acatamento das citadas recomendações, veio a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos dizer o que consta da alínea **P**) do probatório.

Ora, como é evidente, as razões apresentadas não colhem, até pela circunstância de que as injunções efectuadas deveriam ter levado os órgãos autárquicos a tomar todas as medidas necessárias a fim de não voltar a ser violado o citado normativo do DL n.º 12/2004.

4. Passemos, de seguida, à terceira das questões supra mencionadas, ou seja a da inclusão, no mapa de quantidades, de **marcas comerciais** desacompanhadas da expressão “ou equivalente”.

Vejamos, então, em que se traduz esta questão:

O artigo 49.º do CCP, sob a epígrafe “*Especificações técnicas*”, dispõe o seguinte, nos seus n.ºs 12 e 13:

Artigo 49.º
Especificações técnicas

.....
12 – *É proibida a fixação de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens.*

13 – *É permitida, a título excepcional, na fixação de especificações técnicas por referência, acompanhada da menção “ou equivalente”, aos elementos referidos no número anterior quando haja impossibilidade de descrever, de forma suficientemente precisa e inteligível, nos termos do disposto nos n.ºs 2 a 4, as prestações objecto do contrato a celebrar.*

.....

Tem este normativo por escopo – à semelhança do que sucedia com o seu antecessor artigo 65.º, n.ºs 5 e 6 do DL n.º 59/99, de 2 de Março – proibir que, ainda que por via indirecta, se dificulte ou afaste a candidatura de empresas que não preenchem determinados requisitos.

Podendo, embora, resultar, *prima facie*, do texto do artigo 49.º do CCP, que tal proibição diga respeito ao caderno de encargos, o certo é que a lei quis proibir, com a utilização abusiva de *especificações técnicas*, que se viole a concorrência, ou, dito de outro modo, - e como se estipula no n.º1 deste artigo 49.º - quis permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência.

Tal desiderato, porém, só se consegue atingir se, como pensamos, tal proibição se estender a qualquer peça processual.

Não houve, neste âmbito, qualquer alteração da disciplina jurídica que resultava do artigo 65.º, n.ºs 5 e 6, do DL n.º 59/99 de 2 de Março, e sobre a qual se firmara jurisprudência uniforme e constante deste Tribunal¹¹.

No caso vertente, e como emerge da matéria de facto dada por assente na alínea Q) do probatório, o mapa de quantidades posto a concurso contém, em diversos

itens, a referência a várias marcas comerciais, sem que as mesmas estejam acompanhadas da expressão “ou equivalente”.

A inclusão de artigos de determinada marca comercial é uma circunstância que pode afectar, de modo negativo, a concorrência, por ser susceptível de beneficiar ou prejudicar uns concorrentes, relativamente a outros, o que pode projectar-se no resultado financeiro do contrato, alterando este.

Verifica-se, assim, a violação dos nºs 12 e 13, do mencionado artigo 49º, do CCP.

5. Vejamos, de seguida, as consequências jurídicas das ilegalidades acima referidas.

5. 1. No que respeita à ilegalidade da **adoção do concurso público urgente**, importa dizer o seguinte:

Como se viu acima, por se não verificar uma situação de urgência e pela exiguidade do prazo concedido para a apresentação de propostas, foi utilizado, no caso em apreço, um procedimento pré-contratual desadequado e que não garante a observância do princípio da proporcionalidade, nem o respeito pelos princípios da legalidade, da concorrência e da igualdade, previstos no artigo 1º, nº4, do Código dos Contratos Públicos.

A violação de lei verificada, sendo susceptível de restringir o universo de potenciais concorrentes, é, do mesmo modo, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.

5. 2. No que respeita à ilegalidade da **exigência habilitacional efectuada**, - representado a violação do nº1, do artigo 31º, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro - há que dizer que essa ilegalidade é apta a poder reduzir o universo de potenciais concorrentes ao concurso, pela maior exigência formulada e, assim, adequada a produzir uma alteração do resultado financeiro do contrato.

A este respeito, não pode olvidar-se que a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos já foi objecto de duas recomendações deste Tribunal, tal como se colhe da matéria de facto dada por assente na alínea **S)** do probatório.

5. 3. No que concerne à ilegalidade resultante da inclusão, no mapa de quantidades, de **marcas comerciais**, desacompanhadas da expressão “ou equivalente”, - o que representa a violação do disposto no artigo 49º, nºs 12 e 13 do CCP - importa referir que tal ilegalidade é susceptível de influenciar o resultado financeiro do contrato, já que pode condicionar o universo de candidatos que possam estar interessados em concorrer e que, eventualmente, possam não estar em condições de apresentar materiais ou equipamentos das marcas pretendidas.

Aliás, e quanto a este aspecto, não pode deixar de se dar relevo, igualmente, à circunstância de a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos já ter sido objecto de uma *recomendação* deste Tribunal, tal como resulta da matéria factual dada por assente na citada alínea **S)** do probatório.

5. 4. Ora, relativamente à violação dos dispositivos legais, acima referidos, diremos que, afastada que está a consequência prevista na alínea b) do nº3, do

artigo 44º, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, aquelas ilegalidades só podem estar contempladas nas alíneas a) ou c), do nº3, do mesmo normativo.

A invalidade dos actos administrativos e, designadamente, a matéria da nulidade dos mesmos actos, é tratada nas secções III e IV, do Capítulo II, da Parte IV do Código do Procedimento Administrativo (CPA), mais precisamente nos artigos 133º (actos nulos), 134º (regime da nulidade), 137º (ratificação, reforma e conversão) e 139º, nº1, al. a) (revogação).

As ilegalidades a que nos referimos atrás, não estão previstas no elenco dos actos para os quais o artigo 133º, nº2 do CPA comina a nulidade, como forma de invalidade.

Por outro lado, não se configura a existência de qualquer norma legal que, de acordo com o nº1, do artigo 133º do CPA, para os vícios apontados, estabeleça a nulidade, como forma de invalidade.

Não sendo as ilegalidades verificadas, geradoras de nulidade, só podem as mesmas ser geradoras de anulabilidade, tal como se dispõe no artigo 135º do mesmo CPA.

Está, assim, afastado também o fundamento de recusa do visto, a que alude a alínea a), do nº3, do artigo 44º, da Lei nº 98/97, atrás referida.

Dando-se, deste modo, por assente que as violações de lei ocorridas são geradoras de mera anulabilidade, resta saber se as mesmas são enquadráveis no disposto na alínea c) do citado artigo 44º, nº3, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Parece que a resposta a esta questão só pode ser afirmativa.

Como se disse, as ilegalidades verificadas são susceptíveis de produzir a alteração do resultado financeiro do contrato celebrado.

Assim, tais ilegalidades enquadram-se no disposto no artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, quando este prevê a existência de uma *“ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro”*.

Ora, quando a lei - referindo-se a um acto, ou contrato ou outro instrumento gerador de despesa ou representativo de responsabilidades - alude a uma *“ilegalidade que possa alterar o respectivo resultado financeiro”*, pretende significar, como é jurisprudência pacífica e reiterada deste Tribunal, que basta o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro.

É isso, efectivamente, o que resulta da letra da referida alínea c), quando refere *“Ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro”*.

Por isso é que, no caso *sub judice*, as ilegalidades praticadas constituem fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea c), do nº 3, do artigo 44º, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, fundamento esse a que acresce o facto de a Câmara Municipal de Arruda dos Vinhos continuar a não acatar as recomendações formuladas por este Tribunal.

IV - DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o visto ao presente contrato. São devidos emolumentos (artigo 5º, nº3 do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio). Lisboa, 22 de Março de 2011.

Os Juízes Conselheiros - (António M. Santos Soares, relator) - (João Figueiredo) - (Alberto Fernandes Brás)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto - (Jorge Leal)

¹ Diploma que estabelece as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2010 e que, entretanto, foi objecto das alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 50/2010 de 7 de Dezembro.

² De preenchimento obrigatório.

³ Também de preenchimento obrigatório.

⁴ Obviamente que no tipo de contrato não se inclui o de empreitada de obras públicas pelas razões supra referidas: não se previa a adopção de um concurso público urgente para a formação de um contrato de empreitada e porque o artigo 155º do CCP apenas o previa para a celebração de um contrato de locação, ou de aquisição de bens móveis, ou de aquisição de serviços.

⁵ Vide o “Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado”, 3ª edição, Almedina, 1996, pág. 639, em anotação ao artigo 135º.

⁶ Vide o “Código dos Contratos Públicos, Anotado e Comentado”, 2008, ed. Almedina, pág.484.

⁷ Veja-se, neste sentido, FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, in “O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo”, ROA, 59º, II, pág.515.

⁸ Vide, designadamente, os Acórdãos da 1ª Secção, em subsecção, nºs 155/2001, de 2 de Outubro de 2001, proferido no Proc. nº 2158/2001 (e publicado na *Revista do Tribunal de Contas*, nº 36, pág. 327 e segs.) e 104/99, de 7 de Dezembro de 2009, no Proc. nº 13.744/99, bem como o Acórdão de 25 de Maio de 1999, proferido em Plenário, no Recurso Ordinário nº14/99.

⁹ In Proc. nº 1257/09.7BEPRT, pesquisado em *www.dgsi.pt*.

¹⁰ In “Procedimiento Administrativo al ritmo de la economia y la sociedad”, R.E.D.A. , nº 69, 1991, pág. 8, citado no “Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado” de J. M. SANTOS BOTELHO, A. PIRES ESTEVES e J. CÂNDIDO DE PINHO, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 245.

¹¹ Vide, a título de exemplo, os Acórdãos da 1ª Secção, do Tribunal de Contas, em Plenário, de 21 de Dezembro de 2006, in Rec. Ord. nº 36/06 e de 12 de Junho de 2007, in Rec. Ord. nº 9/07 e, ainda, os Acórdãos, em Subsecção, nºs 49/08, de 1 de Abril de 2008; 68/08, de 20 de Maio de 2008; 19/09, de 4 de Fevereiro de 2009 e 38/09, de 18 de Fevereiro de 2009.