



ACÓRDÃO Nº 27 /06 /2 MAIO. - 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 21/2006

(Processo nº 2485/2005)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

- I. A referência a marcas, desacompanhada da expressão “ou equivalente”, em alguns números do mapa de quantidades, viola o disposto no art. 65º nºs 5 e 6 do Decreto-Lei nº59/99 de 2 de Março.
- II. Exigir-se aos concorrentes, no programa de concurso, a classificação como empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional em classe correspondente ao valor da proposta, viola o disposto no art. 31º nº 1 do Decreto-Lei 12/2004 de 9 de Janeiro.
- III. As referidas ilegalidades podem alterar o resultado financeiro do contrato, na medida em que se traduzem em restrições à concorrência, pelo que integram o fundamento de recusa do visto previsto no art. 44º nº 3 alínea c) da Lei 98/97 de 26 de Agosto.
- IV. Na concessão ou recusa do visto, nos termos do disposto no art. 44º nºs 3 alínea c) e 4 da referida Lei 98/97, podem (e devem) ser tidas em conta eventuais recomendações feitas anteriormente pelo Tribunal sobre a matéria.

Lisboa, 2 de Maio de 2006

O Juiz Conselheiro,

(Adelino Ribeiro Gonçalves - Relator)



Tribunal de Contas



ACÓRDÃO Nº 27 / 06/2 MAIO. – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 21/2006

(Processo nº 2485/2005)

ACÓRDÃO

I. RELATÓRIO

1. Por este Tribunal, em 21 de Fevereiro de 2006, foi proferido o acórdão de Subsecção nº 57/06, que recusou o visto ao **“Contrato de empreitada para Reabilitação e Ampliação das Escolas Primárias Urbanas da Cidade de Portalegre – Escola do Atalaião”**, celebrado, em 20 de Setembro de 2005, entre o **Município de Portalegre e a empresa “Construções Pastilha & Pastilha, S.A”.**, pelo preço de €568.318,00, a que acresce o Iva.
2. O fundamento para a recusa do visto foi o previsto no art. 44º nº 3 alínea c) da Lei 98/97 de 26 de Agosto, por se ter considerado que ocorreram duas ilegalidades que podiam alterar o resultado financeiro do contrato, na medida em que se traduzem em restrições à concorrência, a saber:
 - Referências a marcas (desacompanhadas da expressão “ou equivalente”) em alguns números do mapa de quantidades, em violação do disposto no art. 65º nºs 5 e 6 do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março;
 - Ter sido exigido aos concorrentes, no programa de concurso, a classificação como empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional em classe correspondente ao valor da proposta, a 8ª



Tribunal de Contas

subcategoria da 1ª categoria e a 1ª e 7ª subcategorias da 4ª categoria e da classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeita, em violação do disposto no art. 31 nº 1 do Decreto-Lei 12/2004 de 9 de Janeiro.

3. Não se conformou com a decisão o Sr. Presidente da Câmara, que dela interpôs o presente recurso, não tendo formulado conclusões, mas dizendo, em síntese, que em seu entender a concorrência não foi afectada, pelo que pede que seja concedido o visto ao contrato.
4. O recurso foi admitido liminarmente e cumpridas as demais formalidades legais. Ao ter vista do processo o Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu duto parecer no sentido de ser concedido o visto ao contrato, eventualmente com nova recomendação.

II. OS FACTOS

Do processo (e bem assim do acórdão recorrido, cujos factos não foram impugnados) resulta apurada a seguinte factualidade com interesse para a decisão a proferir:

1. O contrato em análise é o “Contrato de empreitada para Reabilitação e Ampliação das Escolas Primárias Urbanas da Cidade de Portalegre – Escola do Atalaião”, celebrado, em 20 de Setembro de 2005, entre o Município de Portalegre e a empresa “Construções Pastilha & Pastilha, S.A.”, pelo preço de €568.318,00, a que acresce o IVA.
2. A celebração do referido contrato foi precedida de concurso público, cujo Aviso foi publicado em Diário da República III Série, de 1/2/2005, tendo os documentos do concurso sido aprovados em reunião ordinária da Câmara Municipal de Portalegre em 5/1/2005.



Tribunal de Contas

3. Nos n.ºs 9.6, 10.1 a 10.3, 12.1 e 12.7 do mapa de quantidades exibido no âmbito do concurso existem referências a marcas desacompanhadas da expressão “ou equivalente”.
4. O valor dos referidos itens na proposta do adjudicatário é de 38 001,95€ (6,68% do valor do contrato).
5. No decurso da instrução do processo e acerca da matéria referiu a Câmara Municipal (of. 18 645, de 15/11):

Efectivamente existe a omissão relativamente à expressão de “equivalente”, no mapa de trabalhos, a marca do material a utilizar é sempre antecedida da expressão “tipo” (...).
6. As referências a marcas mencionadas em 3. não estão acompanhadas da expressão “tipo”.
7. Também no contrato de empreitada referente a “Recuperação/Reabilitação da Real Fábrica de Lanifícios de Portalegre”, celebrado pela mesma autarquia, ocorrera a indicação de marcas sem qualquer expressão de salvaguarda da concorrência.
8. No acórdão que concedeu o visto a este contrato concluíra-se pela ilegalidade de tais referências e recomendara-se à autarquia que não incorresse de novo em tal prática (Acórdão n.º 106/2004, proferido em 22/6/2004).
9. Por outro lado, na alínea a) do ponto 6.2 do programa de concurso que precedeu a presente contratação foi exigida aos concorrentes a classificação como empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional em classe correspondente ao valor da proposta, a 8.ª subcategoria da 1.ª categoria e a 1.ª e 7.ª subcategorias da 4.ª categoria e da classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeite.
10. Questionada a entidade adjudicante sobre a razão pela qual não incluiu, nas peças concursais, a possibilidade a que se reporta o n.º 1 do



art. 31.º do DL n.º 12/04, de 9 de Janeiro, pela mesma foi referido o seguinte (ofício n.º 20 919, de 28/12): “ (...) embora o n.º 1 do art. 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 de 9 de Janeiro estabeleça que deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, o n.º 2 do mesmo artigo indica que 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 n.º 1 anteriormente citado. Sendo que na obra em causa, a classificação exigida se adapta perfeitamente às características das obras a executar, e que possui classe de valor superior às mesmas, julga-se estarmos perante o cumprimento integral da legislação.”

11. Por este Tribunal, em 21 de Fevereiro de 2006, foi proferido o acórdão de Subsecção nº 57/06, que recusou o visto ao contrato em apreço.

III. O DIREITO

Conforme resulta do que já ficou dito o fundamento da recusa do visto ao contrato em apreciação foi o previsto no art. 44º nº 3 al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, por se ter considerado que ocorreram duas ilegalidades que podiam alterar o resultado financeiro do contrato, na medida em que se traduzem em restrições à concorrência, a saber:

- Referências a marcas (desacompanhadas da expressão “ou equivalente”) em alguns números do mapa de quantidades, em violação do disposto no art. 65º nºs 5 e 6 do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março;
- Ter sido exigido aos concorrentes, no programa de concurso, a classificação como empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional em classe correspondente ao valor da proposta, a 8ª subcategoria da 1ª categoria e a 1ª e 7ª subcategorias da 4ª categoria e da classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeite, em



Tribunal de Contas

violação do disposto no art. 31º nº 1 do Decreto-Lei 12/2004 de 9 de Janeiro.

O recorrente não concorda e quanto à 1ª ilegalidade apontada (referência a marcas) alega que *“... serve para definir o grau de qualidade dos materiais a aplicar em obra, aceitando-se outras marcas com as mesmas características técnicas indicadas no mapa de quantidades. A não indicação da Expressão “ou equivalente” é uma omissão que não foi detectada antes da abertura do concurso público devido ao projecto ter sido contratado do exterior, no entanto a posição assumida pela Câmara Municipal de Portalegre perante os empreiteiros foi a não exigência daquelas marcas específicas, aceitando-se o fornecimento e montagem de outras equivalentes.”*

Perante isto temos a dizer o seguinte:

O facto de o projecto ter sido contratado no exterior não exige a Câmara das ilegalidades que o mesmo possa conter pois, até pelo facto de ter sido contratado no exterior, a Câmara tinha obrigação de o expurgar das eventuais ilegalidades que contivesse antes de o aprovar e abrir o concurso.

Por outro lado dizer-se que as referências a marcas serve para definir o grau de qualidade dos materiais a aplicar em obra não é uma prática correcta nem sequer legal. De facto, como resulta do disposto no art. 65º nº 6 do citado Decreto-lei 59/99, tal só é possível *“quando acompanhadas da menção “ou equivalente”, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados.”*

Ora, no caso, não está minimamente demonstrado que não fosse possível formular uma descrição precisa e inteligível do objecto da empreitada sem a indicação das marcas e, por outro lado, tal indicação não foi acompanhada da menção “ou equivalente”, pelo que estamos,



Tribunal de Contas

digamos assim, perante uma dupla ilegalidade ou uma ilegalidade agravada.

Do exposto resultando que, quanto à referida ilegalidade, referente à menção de marcas, o recorrente não tem razão.

Quanto à outra ilegalidade – ter sido exigido aos concorrentes, no programa de concurso, a classificação como empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional em classe correspondente ao valor da proposta –, escrevemos, muito recentemente, no acórdão de Subsecção desta Secção nº 140/06 de 26 de Abril, proferido no processo nº 425/06:

“8. Com efeito, dispõem os n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que:

“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.”

9. O n.º 1 do mencionado preceito vincula, pois, o dono da obra a exigir aos concorrentes apenas uma subcategoria em classe que cubra o valor global da obra.

10. Por sua vez, o n.º 2 permite que os detentores de alvará de empreiteiro geral ou construtor geral adequado à obra em causa e em classe que cubra o respectivo valor global possam concorrer ao concurso, independentemente de tal possibilidade se encontrar, ou não, expressamente prevista no programa de concurso e nos avisos de abertura do procedimento.



11. *Da articulação de ambos os números do artigo 31º do supra referido diploma legal resulta, pois, que o dono de obra se encontra obrigado ao cumprimento do n.º 1, não lhe sendo conferida a faculdade de escolha entre a exigência a que se reporta o n.º 1 do artigo 31º ou a exigência da habilitação a que se reporta o n.º 2 do mencionado preceito.*

12. *Assim, de acordo com a lei, pode o dono da obra optar quer por explicitar nas peças concursais unicamente a exigência a que se refere o n.º 1 do artigo 31º do Decreto-Lei n.º 12/2004, quer por, além de tal explicitação, mencionar nas referidas peças que poderão igualmente concorrer os potenciais interessados que preenchem os requisitos a que se reporta o n.º 2 do mesmo artigo.*

13. *O que o dono da obra não pode, legalmente, é restringir o universo concorrencial exclusivamente aos detentores dos requisitos habilitacionais previstos no n.º 2 do artigo 31º do Decreto-Lei n.º 12/2004, afastando todos os potenciais interessados que apenas detenham alvará de empreiteiro por subcategorias.*

14. *A ilegalidade supra evidenciada, ao potenciar restrições ao universo de potenciais concorrentes, é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.”*

E não vemos razão para proceder a qualquer alteração do nosso pensamento sobre a matéria.

E, o facto do recorrente alegar e procurar demonstrar que existem mais empresas com alvará contendo a categoria de Empreiteiro Geral de Edifícios de Construção Tradicional do que empresas com subcategoria determinante da obra – estruturas e elementos de betão –, em nada altera a interpretação da lei que transcrevemos.

É que, face à lei, ambas as categorias de empreiteiros podem concorrer, de modo que, permitir-se que concorram unicamente os previstos no art. 32º nº 2 do Decreto-Lei 12/2004 de 9 de Janeiro e excluir os do nº 1 da mesma disposição legal é manifestamente ilegal e traduz-se numa



Tribunal de Contas

diminuição da concorrência, pelo que pode haver alteração do resultado financeiro do contrato.

Do dito resultando que também quanto a esta ilegalidade é improcedente a argumentação do recorrente.

Finalmente há que abordar, ainda que sucintamente, a questão suscitada pelo Exmo. Procurador-Geral Adjunto no seu parecer e que é a seguinte:

Tendo em conta o disposto no art. 44º nº 4 da Lei 98/97 de 26 de Agosto (visto com recomendações) pode o Tribunal ao decidir visar ou recusar o visto ter em consideração recomendações anteriores sobre a mesma matéria ou deverá (para efeitos de concessão ou recusa do visto) ignorar tal matéria na medida em que o não acatamento das recomendações constituirá infracção financeira (art. 66º nº1 alínea d) da referida Lei 98/97) e só como tal deverá ser valorada?

O Exmo. Magistrado do Ministério Público inclina-se para a última hipótese e daí que, em concreto, proponha a concessão do visto, eventualmente com nova recomendação.

Que dizer?

Começamos por referir que não resulta do texto do acórdão recorrido que a recusa do visto teve como fundamento principal ou exclusivo a ilegalidade prevista no art. 65º nº 6 do Decreto-Lei 59/99 (indicação de marcas) relacionada com o não acatamento de recomendação anterior sobre a matéria.

Mas resulta claro do acórdão a existência de tal ilegalidade e é mencionado de forma expressa o facto de anteriormente a mesma autarquia ter sido objecto de recomendação sobre tal matéria – cfr. supra, matéria de facto, pontos 7. e 8.

De forma que, parece-nos claro, na decisão de recusa de visto terão pesado as duas ilegalidades detectadas, bem como em relação a uma delas a autarquia ter sido objecto de recomendação anterior que não teve em devida conta.



Tribunal de Contas

E, sendo assim, andou bem o acórdão recorrido?

Quanto a nós não temos dúvidas que sim.

Não está aqui em causa saber se o não acatamento de recomendações formuladas em processo de fiscalização prévia poderá ou não constituir infracção financeira, designadamente a prevista no art. 66º nº 1 alínea d) da Lei 98/97 (falta injustificada de colaboração devida ao Tribunal). Tal decisão não cabe no âmbito deste recurso.

O que está em causa é saber se no âmbito da concessão ou recusa do visto, designadamente tendo em conta a faculdade prevista no art. 44º nº 4 da Lei 98/97, o Tribunal pode (e deve) ter em conta eventuais recomendações feitas anteriormente sobre a mesma matéria.

E a nossa resposta, como resulta do que ficou dito, é positiva.

Note-se que quando ocorre uma situação que se integra no art. 44º nº 3 alínea c) existe fundamento para a recusa do visto e portanto, digamos assim, em princípio o visto deve ser recusado.

Porém, o nº 4, diz que nessas situações o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações ao serviço no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.

Ora, seria estranho que ao ponderar esta hipótese, e a eventualmente preferir a tal decisão fundamentada, o Tribunal não pudesse ter em consideração eventuais recomendações anteriores sobre a matéria. Não o proibindo a lei tem o intérprete a obrigação de ter em conta todos os factos e circunstâncias relevantes para a decisão e parece-nos óbvio que a matéria em causa é de toda a relevância para o uso ou não da faculdade prevista no referido nº 4.

Concluindo, improcedem os argumentos do recorrente e a questão suscitada pelo Exmo. Procurador-Geral Adjunto, salvo o devido respeito, que muito é, deve ser decidida no sentido de que na concessão ou recusa do visto, nos termos do disposto no art. 44º nºs 3 alínea c) e 4 da Lei 98/97 de 26 de Agosto, podem (e devem) ser tidas em conta eventuais



Tribunal de Contas

recomendações feitas anteriormente pelo Tribunal sobre a matéria. Por outro lado, tendo em conta as duas ilegalidades supra referidas e a existência de uma recomendação anterior quanto a uma delas, consideramos correcta a decisão de recusa do visto, pelo que o recurso é improcedente.

IV. DECISÃO:

Pelos fundamentos expostos acordam os Juizes da 1ª Secção em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente, manter na íntegra o douto acórdão recorrido.

São devidos emolumentos – art. 16º nº 1 al. b) do Regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96 de 31 de Maio.

Passe e entregue ao Exmo. Procurador-Geral Adjunto a requerida certidão (parte final do parecer a fls. 40).

Diligências necessárias.

Lisboa, 2 de Maio de 2006



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros,

RELATOR: Ribeiro Gonçalves

Pinto Almeida

Helena Ferreira Lopes

O Procurador-Geral Adjunto



DECLARAÇÃO DE VOTO

RO nº 21/06

Proc. nº 2485/05

Voto vencida com os seguintes fundamentos:

1. Não está demonstrada nos autos a alteração efectiva do resultado financeiro do contrato;
2. O não acatamento de uma recomendação não implica automaticamente a recusa do visto ao acto submetido a fiscalização prévia;
3. O valor dos itens com referência a marcas e sem a menção a “equivalente” corresponde apenas a cerca de 6,68% do valor do contrato;
4. Embora o não acatamento de uma recomendação do Tribunal de Contas seja um facto censurável, afigura-se-me que a recusa do visto com todas as consequências que daí podem advir (art.º 45.º da Lei 98/97, de 26/08) é, no circunstancialismo fáctico descrito, desproporcionada e desajustada;
5. A outra ilegalidade constatada – violação do disposto no n.º 1 do art.º 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro – não constitui, em concreto, fundamento de recusa de visto ao contrato;
- 6.** Entendo, por isso, que seria de conceder o visto com recomendações, nos termos do n.º 4 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto.

O Juiz Conselheiro

Helena Maria Ferreira Lopes