



ACÓRDÃO N.º 90/2008 - 24.Jun.2008 - 1ª S/SS

(Processo n.º 534/2008)

DESCRITORES: Acesso a Documentos - Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade - Alvará - Classificação de Empreiteiro de Obras Públicas Empolamento de Preços - Fotocópia - Habilitação a Concurso - Marcas e Patentes - Preços - Processo de Concurso - Restrição de Concorrência - Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A exigência, no programa e no anúncio de abertura do concursos, de alvará de empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional, em classe correspondente ao valor global da proposta, e, em alternativa, duas subcategorias da 1.ª categoria, em classe correspondente ao valor da proposta, viola o disposto no n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.
2. O preço das cópias a fornecer aos interessados é, apenas, o seu preço de custo, o que exclui o custo inerente à preparação e elaboração dos documentos a fotocopiar (cfr. art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).
3. A referência no mapa de quantidades a marcas comerciais, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados, sem que estas se mostrem acompanhadas das expressões “do tipo” ou “ou equivalente”, viola o disposto no art.º 65.º, n.º 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
4. A violação dos preceitos legais citados é susceptível de restringir o universo concorrencial e, conseqüentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.



Tribunal de Contas

5. Apesar de não estar demonstrado nos autos a ocorrência efectiva de alteração do resultado financeiro do contrato, a entidade adjudicante já foi objecto de três recomendações anteriores relativas à violação dos n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, fundamento suficiente para recusa do visto ao contrato em apreço.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



Mantido pelo acórdão nº 20/08, de
16/12/08, proferido no recurso nº
23/08

ACORDÃO Nº 90 /2008 – 24 Junho – 1ªS/SS

Proc. nº 534/2008

1. O **Município do Mogadouro** remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada de “*Execução da obra de Escola do 1º CEB e Jardim de Infância de Mogadouro*”, celebrado em 24 de Abril de 2008, com o consórcio **Jaime Nogueira & Filhos, Lda.**, pelo valor de **2 299 533,86 €**, acrescido de IVA.
2. Para além do facto referido em 1, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:
 - A) O contrato supra identificado foi precedido de concurso público, publicado na 2ª Série do DR nº 218, de 13 de Novembro de 2007 e nas publicações a que se refere o n.º 1 do artº 52.º do DL 59/99, de 2 de Março.
 - B) O prazo de execução da obra é de 550 dias.
 - C) A obra ainda não foi consignada.
 - D) A empreitada é em regime de série de preços.
 - E) No ponto 6.2 do programa de concurso e, no anúncio de abertura do mesmo concurso, exigiu-se aos concorrentes, que para comprovação das suas habilitações, fossem detentores do alvará de construção civil contendo a seguinte autorização:
empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional, em classe correspondente ao valor global da proposta, ou, as 1ª e 4ª



Tribunal de Contas

subcategorias da 1ª categoria, em classe que cubra o valor da proposta.

- F)** Questionada a entidade adjudicante, sobre a razão pela qual, exigiu a classificação como empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional e, em alternativa, duas subcategorias da 1ª categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta, contrariamente ao disposto no nº 1 do artº 31º do DL nº 12/2004, de 9 de Janeiro, pela mesma foi dito o seguinte:

(...) cumpre-nos informar que, apesar do nº 1 do artigo 31º do Decreto-Lei nº 12/2004 de 9 de Janeiro, “(...) apenas uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra (...)”, a Câmara Municipal de Mogadouro deu integral cumprimento ao preceituado na alínea a1) do ponto 6.2 da Portaria nº 104/2001 de 21 de Fevereiro, uma vez que o Decreto-Lei supra citado não revogou a referida Portaria.

Em primeiro lugar esclarece-se que, “(...) optou ainda, como alternativa, a exigência das 1ª e 4ª subcategorias (...)” porquanto e, de acordo com o estabelecido no ponto 6.2 da Portaria nº 104/2001 de 21 de Fevereiro “o certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas previsto na alínea a) do nº 6-1 deve conter a alínea a1) ou em alternativa a alínea a2) e a alínea b)”.

Em segundo lugar esclarece-se que, a Câmara Municipal de Mogadouro tem tido o cuidado de só aceitar propostas em que as subcategorias necessárias, pelo menos uma, tenha classe que cubra o valor global da proposta, o que também se fez ao verificar as propostas do presente concurso.



Tribunal de Contas

Efectivamente todos os candidatos apresentam autorizações, em que pelo menos uma das subcategorias solicitadas cobre o valor da proposta.

Verifica-se também que todos os concorrentes apresentam as subcategorias da categoria exigida que cobrem o valor dos trabalhos da especialidade respectiva.

- G)** No ponto 26 do programa de concurso, estabeleceu-se o preço de 1.500,00 €, acrescido de IVA, para a obtenção das cópias do processo de concurso.
- H)** O Município foi questionado para que demonstrasse se o preço fixado para a aquisição do processo de concurso correspondia ao preço de custo de acordo com o disposto no nº 4 do artigo 62º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, tendo o mesmo respondido que: *o preço fixado para a aquisição dos documentos foi determinado de forma a compensar, embora parcialmente, os custos de elaboração do programa de concurso, caderno de encargos, memória descritiva e das publicações, que incluem: a afectação de pessoal especializado; as publicações, em Diário da República e em dois jornais, um de expansão nacional, outro regional, entre outros custos administrativos, que no seu conjunto ascenderam a cerca de 8 281,95€, conforme quadro abaixo. Estimou-se que, para este tipo de empreitada fossem adquiridos cinco processos, tendo o custo do mesmo sido arredondado para 1.500,00€.*

<i>Descrição</i>	<i>Valor</i>
<i>Publicação em Jornal de expansão nacional</i>	<i>223,30 €</i>
<i>Publicação em Jornal de expansão regional</i>	<i>120,00 €</i>



Tribunal de Contas

<i>Publicação em Diário da República</i>	619,13 €
<i>Imputação de custos de uma Assistente administrativa especialista (60 dias)</i>	3 031,12 €
<i>Imputação de custos de um Técnico superior de 2ª classe (60 dias)</i>	2 288,40 €
<i>Outros custos administrativos</i>	2 000,00 €
<i>Total:</i>	8 281,95 €

Não nos parece, assim, que o preço fixado para a aquisição dos documentos seja excessivo e possa pôr em causa os Princípios gerais de direito, ou seja o princípio da transparência e publicidade, da igualdade e da proporcionalidade.

Mais se informa que, os concorrentes, sempre poderiam consultar graciosamente os documentos, que para o efeito estavam disponíveis na Câmara Municipal de Mogadouro.

- I)** No mapa de quantidades posto a concurso, no item 14 *Equipamento de Escritório e Escolar*, que foi elaborado com o apoio do fornecedor “Fluxograma”, constam as seguintes marcas: “Sotubo”, “Wesco”, “Reica”, “Julcar”, “Emmegi”, “Duty Free”, “Sitland”, desacompanhadas da menção “ou equivalente”.
- J)** Face ao disposto no nº 6, do artigo 65º, do DL nº 59/99, de 2 de Março e aos acórdãos nºs 183/2004, 58/2005 e 283/2006 da 1ª Secção do Tribunal de Contas, questionámos o Município, que nos esclareceu como se segue:

Relativamente a este ponto aconteceu por lapso do projectista todos os artigos onde é indicado qualquer marca deve ler-se sempre tipo ou equivalente.

A indicação de marca não pretende de forma alguma restringir a oferta a uma determinada marca mas apenas identificar um



padrão de qualidade e especificações equivalentes, até como forma de evitar especificações com um texto demasiado extenso. A identificação de marca não pretende forçar os fornecedores àquela marca específica mas sim identificar um determinado artigo com aquelas características e especificações.

Nas situações onde por lapso do projectista, tenha omitido a referência tipo ou equivalente, a Câmara considerará sempre esse pressuposto, não pondo nunca em causa o disposto no artigo 65, nº 6 do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

- K)** O Município já foi objecto de três recomendações, sobre esta matéria, todas elas anteriores à autorização da Câmara Municipal, de 4 de Setembro de 2007, para abertura do presente procedimento (vide Acórdãos nºs 183/2004-31.Dez.04-1ªS/SS; 58/2005-29.Março.05-1ªS/SS e 283/2006-19.Set.06-1ªS/SS).

3. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO

Não estando em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alínea b) do n.º 3 do artº 44.º da Lei n.º 98/97, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, a questão que se coloca é a de saber se, se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) e c) do referido preceito e, no caso de se verificar o fundamento previsto na alínea c), se é caso de se “conceder visto e fazer recomendações (...) no sentido de suprir no futuro tais ilegalidades”.



3.1. Da violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro (alíneas E) e F) do probatório)

Dispõe o artº 31.º do referido diploma, sob a epígrafe “Exigibilidade e verificação das habilitações”, 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.”

Da interpretação do referido preceito podemos concluir o seguinte:

- (i)** Se o dono da obra apenas exigir o que consta do n.º 1 do art.º 31.º não está a violar qualquer normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros;
- (ii)** Se apenas exigir o que consta do n.º 2 do artº 31.º está a violar o disposto no n.º 1 do artº 31.º;



- (iii) Se fizer constar do programa do concurso as duas hipóteses¹ – a do n.º 1 e a do n.º 2 do artº 31.º – não está a violar qualquer normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros.

No caso dos autos, foi exigida a autorização de empreiteiro geral de edifícios de construção tradicional, na 1ª categoria, ou, em alternativa, as 1ª e 4ª subcategorias da 1ª categoria, em classe correspondente ao valor da proposta.

Mostra-se, assim, violado o disposto no n.º 1 do art. 31º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro.

3.2. Da violação do disposto no art.º 62.º, n.º 4, do DL 59/99, de 2 de Março (alíneas G) e H) do probatório)

Dispõe o referido normativo:

Os interessados poderão solicitar, em tempo útil, que lhes sejam fornecidos pelos donos da obra, a preços de custo, cópias devidamente autenticadas dos elementos referidos nos nºs 2 e 5, as quais lhes deverão ser enviadas no prazo máximo de seis dias a contar da recepção do pedido.

Refira-se que as cópias referidas no mencionado preceito dizem respeito ao projecto, ao caderno de encargos e ao programa do concurso (n.º 2 do art.º 64.º) e, na situação prevista no n.º 5 do

¹ Ou seja, se, no programa do concurso, se disser que, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 1 do artº 31.º, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 2, podem concorrer.



mesmo preceito, aos “*elementos escritos e desenhados necessários para definir com exactidão o fim e as características fundamentais da obra posta a concurso*”.

Na verdade, o que resulta do texto legal é que o preço das cópias a fornecer aos interessados, é, apenas, o seu preço de custo, o que exclui o custo inerente à preparação e elaboração dos documentos a fotocopiar; e isto porque os documentos a fotocopiar são documentos já produzidos, pelo que não faria qualquer sentido incorporar no custo das cópias a produzir o custo da concepção, organização e elaboração dos documentos a fotocopiar e já produzidos.

O preço de custo de uma cópia autenticada, quando efectuada no interior dos serviços da entidade pública, é o preço do custo da produção dessa cópia, entendendo-se por **custo de produção de um bem a soma dos custos das matérias-primas e outros materiais directos consumidos, da mão-de-obra directa, dos custos industriais variáveis e dos custos industriais fixos necessariamente suportados para o produzir e colocar no estado em que se encontra.** (vide, a propósito, ponto 4.1.3 do POCAL).

No caso dos autos, e conforme se vê da alínea H) do probatório, a entidade adjudicante, no custo de produção das cópias, teve em consideração despesas que, de acordo com a interpretação que temos por correcta, viola o disposto no artigo 62º, nº 4 do DL nº 59/99, de 2 de Março, nomeadamente: (a) os custos



Tribunal de Contas

envolvidos na publicação de anúncios, cuja obrigatoriedade cabe ao dono da obra, nos termos do disposto no artigo 52º nº 1 do DL nº 59/99, de 2 de Março e (b) os custos envolvidos com a elaboração das peças concursais, que cabe também ao dono de obra, nos termos do disposto no artigo 10º do mesmo diploma legal.

Na verdade, ao incluir-se, no preço do custo das cópias, o acima referenciado, está-se, por essa via, a empolar o preço do custo das cópias; equivale isto a dizer que o preço das cópias é necessariamente mais elevado do que aquele a que se chegaria, caso, naquele preço, se incorporasse apenas o custo de produção das cópias, conforme estatui o citado art.º 62.º, n.º 4, do DL 59/99.

Resulta, por outro lado, das regras de mercado que, quanto mais elevado for o preço da aquisição de um bem, menor será o número de interessados a adquiri-lo.

Mutatis mutandis, quanto mais elevado for o preço das cópias das peças concursais menor será o número de interessados a concorrer.

Conclui-se, assim, ter existido, *in casu*, uma forte *probabilidade* do preço de custo das cópias, fixado no aviso do concurso, ter desincentivado alguns potenciais concorrentes a apresentarem as suas candidaturas, e de, por essa via, ter sido restringida a concorrência.



Conclui-se, assim, pela violação do supra referido normativo.

3.3. Da violação do disposto nos nºs 5 e 6 do artigo 65º do D.L. nº 59/99, de 2 de Março (alíneas I) e J) do probatório)

Determinam os nºs 5 e 6, do art.º 65.º do DL 59/99, de 2 de Março, que, *salvo os casos excepcionais justificados pelo objecto da empreitada, não é permitida a introdução no caderno de encargos de especificações técnicas que mencionem produtos de fabrico ou proveniência determinada ou processos que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas (nº 5), sendo designadamente, proibida a indicação de marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, ou de origem ou produção determinadas, sendo, no entanto, autorizadas tais indicações 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” (nº 6).*

Visa este normativo proibir que, mesmo por via indirecta, se dificulte ou afaste a candidatura de empresas que não preencham determinados requisitos.



Tribunal de Contas

Resulta dos autos e da matéria de facto dada como assente que, no ponto acima indicado do mapa de quantidades (vide alínea I) do probatório), constam referências a marcas comerciais sem que estas se mostrem acompanhadas das expressões “do tipo” ou “ou equivalente”.

Por outro lado, e tal como resulta do n.º 7 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2 de Março, e do Anexo II ao mesmo diploma, a referência ao caderno de encargos aparece precedida do advérbio “nomeadamente”, o que inculca tal referência, como meramente exemplificativa².

Ora, se a lei quis claramente proibir que com a utilização abusiva de “especificações técnicas”, se viole a concorrência, por maioria de razão há-de proibir a indicação de marcas comerciais ou industriais em qualquer peça concursal³.

Entende-se, por isso, que a proibição a que se reportam os nºs 5 e 6 do art.º 65.º se deve entender como extensiva a qualquer peça processual^{4, 5};

² Vide Acórdãos do Tribunal de Contas, de 21 de Dezembro de 2006- 1.ªS/PL, in R.O. n.º 36/06, de 12 de Junho de 2007, 1.ª S-PL, in R.O. n.º 9/2007, e de 12 de Junho de 2007, 1.ª/SS, in processo n.º 430/2007.

³ Vide Acórdãos supra referidos.

⁴ Cfr, a propósito, Processo Bent Moustén Vestergaard, parágrafos 21 a 24, e a comunicação interpretativa da Comissão sobre a facilitação do acesso de produtos aos mercados de outros Estados-Membros, JO C 265 de 4.11.2003, p.2; ver ainda Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas Directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (2006/C 179/02)

⁵ Vide Acórdãos do Tribunal de Contas, proferido no R.O. n.º 9/07, de 12 de Junho de 2007, e o proferido no proc. N.º 430/2007, de 12 de Junho de 2007.



Conclui-se, assim, pela violação do supra referido normativo.

3.4. Das consequências decorrentes da violação dos citados normativos no acto de adjudicação e consequente contrato

As ilegalidades constatadas não são geradoras de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do artº 44.º, da Lei 98/97, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto), porquanto:

- Os vícios supra identificados não estão previstos no n.º 2 do artº 133.º do CPA⁶;
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aqueles vícios, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1 do artº 133.º do CPA);
- O acto de adjudicação da empreitada contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se “elementos essenciais” todos os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da ratio que preside àquele acto de adjudicação (vide artº 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA)⁷

Não sendo tais ilegalidades geradoras de nulidade, só podem as mesmas ser geradoras de anulabilidade (vide artº 135.º do CPA).

⁶ Anote-se, contudo, que a enumeração é meramente exemplificativa.

⁷ Vide, entre outros, o Ac. do Tribunal de Contas n.º 30/05-15NOV-1.ª S/PL, bem como a doutrina e jurisprudência aí referidas.



Afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artº 44 da Lei 98/97, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e tendo nós dado por assente que as violações de lei ocorridas são geradoras de anulabilidade, importa, agora, analisar se as situações em análise são enquadráveis no disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo normativo.

Afigura-se-nos que a resposta só pode ser positiva.

Muito embora não resulte dos autos que da violação daqueles preceitos tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, **não temos dúvidas em afirmar que aqueles vícios são susceptíveis de restringir o universo concorrencial e, consequentemente, susceptíveis de alterar aquele resultado.**

Anote-se, a propósito, que, para efeitos da aplicação da alínea c) do n.º 3 do artº 44.º da Lei 98/97, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, quando aí se diz “*ilegalidade que... 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.**

O facto das ilegalidades cometidas serem susceptíveis de alterarem o resultado financeiro, acrescido do facto do Município já ter sido objecto de três recomendações anteriores, relativamente à violação dos nºs 5 e 6 do artigo 65º, do DL nº 59/99, de 2 de Março, são



Tribunal de Contas

fundamentos suficientes de recusa do visto ao contrato (alínea c) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26/08, na redacção dada pela Lei 48/2006, de 29 de Agosto).

4. DECISÃO

Termos em que se decide recusar o visto ao contrato em apreço, ao abrigo do disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26/08, na redacção dada pela Lei 48/2006, de 29 de Agosto.

São devidos emolumentos (n.º 1, alínea b) do artº 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 24 de Junho de 2008

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes

António Santos Soares

Helena Abreu Lopes

O Procurador-Geral Adjunto