



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 7/FP/2009

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 5 de Junho de 2009, da Secção Regional da Madeira, apreciou os contratos da Câmara Municipal do Porto Santo (CMPS) a seguir identificados:

- o contrato da empreitada “*de construção do Canil/Gatil*” celebrado, em 6 de Março de 2009, com a firma “*Arlindo Correia & Filhos, S.A.*”, pelo preço de € 806 635,66, acrescido de IVA - processo n.º 18/2009;
- e o contrato da empreitada de “*construção e melhoramento de acessos a núcleos habitacionais (3.ª Fase)*” outorgado, em 9 de Março do corrente ano, com a empresa “*Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*”, pelo valor de € 623 500,00, mais IVA - processo n.º 20/2009.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada aos correlativos processos permite destacar os seguintes factos:

- a) Os supras identificados contratos foram celebrados na sequência de concurso público, sujeito ao regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
- b) O anúncio de abertura dos concursos foi divulgado nos locais de publicação obrigatória indicados pelo artigo 52.º, n.ºs 1 e 2, daquele Decreto-Lei n.º 59/99, e pelo artigo 4.º do Decreto Legislativo Regional n.º 11/2001/M, de 10 de Maio.
- c) A CMPS, por deliberação de 7 de Novembro de 2005, nomeou as comissões de acompanhamento do concurso público, previstas no artigo 60.º, n.º 1, do citado Decreto-Lei n.º 59/99, por um período de tempo indeterminado, e não, especificamente, para os procedimentos que antecederam a celebração dos contratos ora em apreço.
- d) O mapa de trabalhos exibido pelo dono da obra no concurso referente à “*empreitada de construção do Canil/Gatil*” fazia referência às marcas comerciais «*FLINTKOT*» e «*CIN*», de alguns dos artigos a incorporar na obra em causa.
- e) O Município esclarece que “*as referências às marcas/patentes comerciais «FLINTKOT» e «CIN» (...) resultaram de um lapso que não foi detectado quando se procedeu à verificação dos elementos do processo fornecidos pelo projectista*”.
- f) E acrescenta que, de forma a prevenir e a evitar situações semelhantes, a “*Câmara Municipal do Porto Santo passará a colocar, junto do mapa de quantidades a exhibir em futuros procedimentos, uma nota com o seguinte teor: «Nos termos do n.º 13 do art.º 49.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, todas as indicações efectuadas a marcas ou comerciais ou industriais de patentes ou modelos presentes nesta peça processual, devem ser consideradas, para todos os efeitos, acompanhadas a menção «ou equivalente»»*” (cfr. o ofício n.º 1311, de 2009.05.22).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

II - O Direito

1. Da matéria de facto acima exposta resulta, desde logo, que a Câmara Municipal do Porto Santo, por deliberação de 7 de Novembro de 2005, designou os membros das comissões de abertura do concurso e de análise das propostas para todos os procedimentos de obras municipais que viessem a ser abertos a partir daquela data, sem qualquer concretização ou desenvolvimento quanto ao período de funcionamento das referidas comissões.

O artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, sob a epígrafe “*Comissões de acompanhamento do concurso*”, dispõe, no seu n.º 1, que «*Serão constituídas duas comissões, uma que supervisionará as fases do concurso mencionadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1, do artigo anterior, designada “comissão de abertura do concurso”, e uma segunda que supervisionará as restantes fases, até à conclusão do concurso, designada “comissão de análise das propostas”*».

E, como este Tribunal tem repetidamente afirmado, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 82, 83 e 84, de 17 de Abril de 2009, todos da 1.ª Secção em Subsecção, bem como nas Decisões n.ºs 4/FP/2009, de 21 de Março de 2009, e 6/FP/2009, de 12 de Maio de 2009, desta Secção Regional, a *ratio legis* daquele normativo obriga a que as mencionadas comissões sejam constituídas por membros designados procedimento a procedimento. No mesmo sentido aponta o n.º 1 do artigo 67.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Ora, como resulta da matéria de facto dada por assente, a Câmara Municipal do Porto Santo nomeou os membros das comissões de acompanhamento do concurso com carácter permanente, em vez de efectuar tal designação procedimento a procedimento, desrespeitando, assim, a norma do n.º 1 do artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

Esta situação de nomear comissões para, aparentemente, funcionarem durante o período de tempo correspondente ao mandato dos órgãos autárquicos, a par de não encontrar acolhimento na citada norma legal, pode ainda configurar a violação do princípio da imparcialidade, enunciado no artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, aplicável, no caso em apreço, por força do artigo 4.º, n.º 1, al. b), deste diploma legal, e no artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Com efeito, como bem se escreve no Acórdão n.º 88/09 - 21. ABR. 09/1ª S/SS, do Tribunal de Contas, “*a designação de comissões de acompanhamento de procedimentos concursais, por tempo indeterminado, pelos laços de amizade/cumplicidade que se podem estabelecer entre os seus membros, e entre estes e alguns dos concorrentes, pode potenciar o favorecimento ou desfavorecimento de uns, relativamente a outros*”.

2. Dos factos relatados, ressalta, ainda, que o mapa de quantidades de trabalhos patenteado no concurso da “*empreitada de construção do Canil/Gatil*” impunha o fornecimento de determinados materiais de marcas ou patentes comerciais indicadas pelo dono da obra naquela peça escrita do projecto de execução.

Esta actuação remete para a previsão normativa do artigo 65.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, cujos termos proíbem as entidades adjudicantes de, nas peças do concurso, referenciar “*marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, ou de uma 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 recursos a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados*”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

O legislador, assim procedendo, exprimiu, no plano técnico-jurídico, o seu pensamento de forma clara e objectiva, apontando para a impossibilidade de o dono da obra recorrer a práticas do tipo da utilizada na situação vertente, em que a referência às marcas comerciais não estava acompanhada de menção que permitisse tomar essa referência como exemplificativa, uma vez que tais práticas podem favorecer as empresas que fabricam ou fornecem os artigos descritos, em detrimento daquelas que operam no mesmo segmento de mercado, e introduzir elementos discriminatórios no acesso aos concursos de obras públicas.

Em correspondência, a linha jurisprudencial seguida pelo Tribunal de Contas, tanto na 1.ª Secção, como na Secção Regional da Madeira, tem acentuado que, no âmbito do n.º 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o dono da obra só pode mencionar marcas comerciais ou industriais de patentes ou modelos, ou de uma origem ou produção determinadas, desde que acompanhadas da menção “ou equivalente”.

Assim sendo, sobressai aqui a ilegalidade resultante da violação do artigo 65.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, a qual é ainda passível de colocar em crise o princípio da concorrência consagrado no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Neste ponto, uma última nota para sublinhar que o regime das especificações técnicas consagrado nos n.ºs 12 e 13 do artigo 49.º do Código dos Contratos Públicos está em perfeita sintonia com o contemplado no Decreto-Lei n.º 59/99.

3. Em sede de fiscalização prévia, impõe-se concluir que a lei não comina, de forma expressa, com a sanção da nulidade a inobservância dos normativos supra mencionados, pelo que entramos no domínio da regra da anulabilidade, nos termos do artigo 135.º do CPA, onde cumpre questionar se, de acordo com o preceituado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, há fundamentos para a recusa do visto, ou se, no caso, pode o Tribunal recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo 44.º.

Na desconsideração da norma do n.º 1 do artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 59/99, apenas está presente a mera susceptibilidade de alteração do resultado financeiro dos contratos, a configurar-se a hipótese de esta ilegalidade haver potenciado o favorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros. Mas tal possibilidade fica minimizada face à falta de elementos que indiciem a subjectivação do tratamento dado aos concorrentes envolvidos ou o favorecimento de um ou mais de entre eles.

Também a ilegalidade decorrente da violação do artigo 65.º, n.º 6, do mesmo Decreto-Lei n.º 59/99, se mostra, pelo menos em abstracto, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, por introduzir elementos discriminatórios no acesso ao concurso e restritos da concorrência.

Contudo, neste caso, interessa atender a que as referências em causa resultaram de um lapso não detectado durante a revisão dos elementos das peças do processo de concurso, e, muito particularmente, levar em linha de conta a medida adoptada, pelo Município, para prevenir e evitar a ocorrência de situação semelhante no futuro, à qual já se fez referência, por transcrição, na alínea f) da parte I da presente decisão.

Estamos, em síntese, perante um quadro em que não está adquirida a ocorrência de uma efectiva alteração do resultado financeiro dos contratos, e onde pontua igualmente a circunstância de o Município não ter sido alvo de qualquer recomendação anterior sobre as normas agora violadas que fosse passível de ser acatada nos concursos em análise.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Por isso, neste contexto, o Tribunal de Contas considera adequado, na situação *sub judice*, tal como admite o n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, conceder o visto aos contratos e recomendar à CMPS que evite cometer no futuro as assinaladas ilegalidades.

III - Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** aos contratos em apreço, com as seguintes **recomendações** à Câmara Municipal do Porto Santo no sentido de que, em futuros procedimentos de empreitadas de obras públicas:

- a) Cumpra o estatuído no art.º 67.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, designando os membros do júri do concurso procedimento a procedimento.
- b) Faça acompanhar a indicação de marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, da menção «ou equivalente», observando, para o efeito, o preceituado no artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do mesmo Código.

São devidos emolumentos, no montante de € 806,63, no processo n.º 18/2009, e de € 623,50, no processo n.º 20/2009

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 5 de Junho de 2009.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

O ASSESSOR,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processos n.ºs 18 e 20/2009 – Câmara Municipal do Porto Santo.