



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 01/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 12 de Janeiro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de “*acabamento do conjunto habitacional dos Viveiros III (2.ª Fase) – 24 fogos, infra-estruturas e arranjos exteriores*”, outorgado, em 17 de Setembro de 2009, entre a Câmara Municipal do Funchal (CMF) e o consórcio “*Mesquita/Mesquita Insular*”, pelo preço de € 1 065 500,00 (s/IVA), acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) A celebração do contrato da empreitada agora submetido a fiscalização prévia foi precedida de concurso público, sujeito ao regime jurídico do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.
- b) O respectivo anúncio de abertura foi publicado no Diário da República, II Série, n.º 75, de 17 de Abril de 2009, e rectificado por aviso inserido no Diário da República, II Série, n.º 94, de 15 de Maio do mesmo ano.
- c) A elaboração das peças do concurso público foi da responsabilidade da empresa municipal SócioHabitaFunchal, E.M., cujas atribuições se reportam, no essencial, à promoção e construção de habitação no Município do Funchal e à gestão social, patrimonial e financeira do património habitacional do Funchal.
- d) Alguns dos capítulos do mapa-resumo de quantidades exibido no concurso fazem referência a marcas comerciais e patentes de materiais e equipamentos a incorporar na empreitada, desacompanhadas da menção “*ou equivalente*”, designadamente às seguintes: “*PAVIGRÉS, SAPA, PROCLIMA, PORSEG, CIN, ROCA, ZANUSSI, SANINDUSA, BALAY e RASOLASTIK*”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

II - O Direito

A questão jurídica que é suscitada pelos autos, e que cumpre apreciar, prende-se com o facto de o mapa de quantidades patenteado no concurso obrigar os potenciais concorrentes a fornecer material e equipamentos de marcas e patentes indicadas pelo dono da obra, quando esta prática é proibida pelo artigo 49.º, n.º 12, do CCP, na medida em que pode favorecer ilegitimamente alguns concorrentes ou processos de fabrico de certa origem.

Com efeito, a invocada disposição legal proíbe as entidades adjudicantes de indicarem, nas peças do concurso, “(...) *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*”.

A título excepcional, desde que não seja possível formular uma descrição das prestações do objecto da empreitada com recurso a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados, são autorizadas essas referências quando acompanhadas da menção «ou equivalente», tal como admite o artigo 49.º, n.º 13, do CCP.

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 no caso vertente, as quais podem favorecer ou prejudicar determinadas empresas e introduzir elementos discriminatórios no acesso aos concursos.

A primeira nota a reter é, pois, a de que das normas do artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do CCP, por si só, decorre já a sua concreta operatividade jurídica e força vinculativa, não se podendo afirmar que estas regras são de difícil aplicação ou que carecem de qualquer intervenção legislativa específica para produzir os efeitos pretendidos pelo legislador.

Cumpre ainda ponderar que, quando se está perante um procedimento contextualizado por concurso público, há que tutelar as preocupações subjacentes aos princípios que o enformam, muito particularmente, os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer dos artigos 3.º a 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo.

Torna-se claro que aqueles princípios se projectam, não só directamente no procedimento concursal, como também nas prescrições do artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do CCP, de interditar



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

as entidades adjudicantes de indicarem marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, ou de uma origem ou produção determinadas, quando não acompanhadas da menção «ou equivalente».

A ilegalidade decorrente da ofensa ao artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do CCP, é susceptível de reduzir o universo de potenciais concorrentes, a configurar-se a hipótese de haver potenciado o favorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros, e de introduzir elementos discriminatórios no acesso ao concurso e restritos da concorrência.

Estamos, em síntese, perante uma ilegalidade enquadrável na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, a qual não impede o Tribunal de Contas de, ao abrigo do n.º 4 do mesmo artigo 44.º, conceder o visto ao contrato e fazer recomendações ao serviço no sentido de suprir ou evitar no futuro tal ilegalidade.

Cumpr, no entanto, fazer notar que a CMF, no domínio do artigo 65.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, já foi alvo de recomendação anterior na questão das especificações técnicas, pelo que teria todas as condições para acatar no concurso em análise a recomendação então feita, com idêntico suporte legal no regime do CCP. (Cfr., entre outras, a Decisão n.º 18/FP/2006, de 27 de Abril de 2006, e a Decisão n.º 33/FP/2006, de 7 de Setembro de 2006, proferidas nos processos n.ºs 20 e 54/06, respectivamente).

Simplesmente, não obstante a assinalada recomendação, na situação vertente impõe-se levar em conta o relacionamento entre o Município e a SócioHabitaFunchal, E.M., onde releva, muito particularmente, a deliberação aprovada, em 20 de Junho de 2006, pelo executivo camarário, a instituir um regime de partilha de competências no âmbito da construção de empreendimentos de habitação social.

Por força dessa deliberação, a CMF delibera acerca da abertura dos concursos públicos, assim como assume os actos de adjudicação e intervém na outorga dos contratos, enquanto a empresa municipal está, designadamente, incumbida de elaborar e preparar todos os documentos procedimentais, onde se inclui o aludido mapa-resumo de quantidades, e outros relativos aos mencionados concursos públicos.

Ora, o Tribunal não dispõe de elementos bastantes para averiguar, sem qualquer margem de dúvida, se a SócioHabitaFunchal, E.M., teve, efectivamente, conhecimento, antes da abertura do concurso público, da recomendação que havia sido formulada ao Município nas citadas decisões, uma vez que, face à insuficiência de prova, não se sabe se este no



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

exercício dos poderes de superintendência cumpriu quanto lhe competia, tocantemente à “publicidade” da recomendação agora em causa.

Neste contexto, considera-se ajustado à presente situação o uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, pelo que o Tribunal de Contas **recomenda à Câmara Municipal do Funchal que, em futuros procedimentos, respeite o estatuído no artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do CCP, devendo dar conhecimento da presente decisão aos membros do Conselho de Administração da SócioHabitaFunchal, E.M..**

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder** o visto ao contrato em apreço, com a **recomendação** expressa no final da parte II da presente decisão.

São devidos emolumentos, no montante de € 1 065,50.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 12 de Janeiro de 2010.

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)

Processo n.º 66/2009 – Câmara Municipal do Funchal.