



ACÓRDÃO N.º 08/2007 - 12.Jun.2007 - 1ªS/PL

Recurso Ordinário n.º 09/07

(Processo n.º 1848/06)

SUMÁRIO:

1. A referência no mapa de quantidades a marcas, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados, desacompanhadas da expressão “tipo e/ou equivalente”, viola os princípios legais subjacentes ao disposto nos n.ºs 5 a 7 do art.º 65.º do Decreto-lei n.º 59/99, de 2 de Março, e os princípios da imparcialidade e da livre circulação de mercadorias (art.º 28.º do Tratado CE).
2. Atento o disposto no art.º 10.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, e da Portaria n.º 994/2004, de 5 de Agosto, diplomas em vigor à data da abertura do presente concurso, os indicadores financeiros exigíveis, para efeitos de avaliação do equilíbrio financeiro das empresas, são apenas os relativos à liquidez geral e autonomia financeira.
3. Não estando demonstrado que as ilegalidades evidenciadas tenham sido causa efectiva de qualquer alteração do resultado financeiro do contrato e, apesar de, o município já ter sido objecto de recomendações anteriores relativas à violação do disposto nos n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, os factos integradores da ilegalidade praticada são diversos dos praticados nas anteriores empreitadas, mostra-se justificado o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 97/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



ACÓRDÃO N. 08 /07-12JUN2007-1.ª S-PL
RECURSO ORDINÁRIO N.º 9/2007
(P. n.º 1 848/2006)

1. RELATÓRIO

1.1. A Câmara Municipal de Matosinhos, inconformada com o Acórdão n.º 40/07, de 6 de Março, que recusou o visto ao contrato de empreitada denominado “Obras no Edifício Municipal das Repartições Públicas”, pelo preço de 793 370,00€, a que acresce IVA, celebrado com a sociedade “**NORASIL – Sociedade de Construção Civil, S.A.**”, do mesmo veio interpor recurso jurisdicional, alegando, em síntese, o seguinte:

- A referência a marcas visa unicamente impor um limite mínimo de qualidade e obter uma uniformidade entre todos os concorrentes, subentendendo-se sempre que os mesmos poderão ser de qualquer marca, desde que mantidas as características exigidas;
- É o que resulta da Cláusula Complementar n.º 63 do Caderno de Encargos, quando aí se diz: *“Todas as referências a marcas existentes no Programa de Concurso, Caderno de Encargos, mapa de medições, Projecto (peças escritas e desenhadas) e restante documentação anexa visam unicamente impor um limite mínimo de qualidade e obter uma uniformidade entre todos os concorrentes, subentendendo-se sempre que os mesmos poderão ser de qualquer marca, desde que mantidas as características exigidas. Deve portanto subentender-se que está sempre presente a expressão “do tipo ou equivalente”;*
- Conclui-se, assim, pela não violação dos n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º do DL



59/99, de 2 de Março;

- Embora o anúncio da empreitada tivesse sido publicado no DR, III Série, de 2 de Setembro de 2005, o programa do concurso já se encontrava elaborado com data anterior, não tendo sido corrigido, por lapso, de acordo com a Portaria n.º 994/04, de 5 de Agosto;
- Porém, se consultarmos o quadro de qualificação dos concorrentes, no que se refere aos indicadores económicos, verifica-se que, independentemente da portaria a aplicar, todos os concorrentes seriam qualificados;
- Conclui-se, assim, pela não violação de qualquer princípio concursal, designadamente o da concorrência.

1.2. O Ex.mo Procurador-Geral Adjunto, em longo e fundamentado parecer, pronunciou-se pelo improvimento do recurso – vide fls. 18 a 22, aqui, dado por reproduzido.

1.3. Foram colhidos os vistos legais.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Factos dados como provados:

A) A Câmara Municipal de Matosinhos celebrou com “NORASIL – Sociedade de Construção Civil, S.S.,” pelo valor de 793 370,00 €, a que acresce o IVA, um contrato de empreitada denominado “Obras no Edifício Municipal das Repartições Públicas;

B) A celebração do contrato foi precedida de concurso público



Tribunal de Contas

divulgado, além do mais, no DR, III, de 2/9/2005;

C) No mapa de quantidades exibido no concurso público que precedeu a adjudicação encontra-se em grande número de referências a marcas desacompanhadas da expressão “ou equivalente”, assim sucedendo nas págs. 2/19, 3/19, 4/19, 5/19, 6/19, 7/19, 8/19, 9/19, 10/19, 11/19, 12/19, 13/19, 14/19, 15/19, 16/19, 17/19, 18/19 e 19/19 (Instalações eléctricas, ITED, Rede Estruturada e Elevadores);

D) A avaliação da capacidade económica e financeira dos concorrentes foi efectuada com base nos valores e indicadores previstos na Portaria n.º 1547/2002, de 24/12;

E) Na Cláusula 63 das Cláusulas Complementares do Caderno de Encargos diz-se: *“Todas as referências a marcas existentes no Programa de Concurso, Caderno de Encargos, mapa de medições, Projecto (peças escritas e desenhadas) e restante documentação anexa visam unicamente impor um limite mínimo de qualidade e obter uma uniformidade entre todos os concorrentes, subentendendo-se sempre que os mesmos poderão ser de qualquer marca, desde que mantidas as características exigidas. Deve portanto subentender-se que está sempre presente a expressão “do tipo e/ou equivalente”¹;*

F) As marcas constantes do mapa de quantidades a que se refere a alínea C), desacompanhadas da expressão “do tipo e/ou equivalente”, ascendem a 99 itens, sendo que as restantes, quando referidas a marcas, são feitas acompanhar da expressão “do tipo”²;

G) A lista de preços unitários constante da proposta do adjudicatário obedeceu exactamente ao que se solicitava no mapa de quantidades

¹ A cláusula aqui descrita não foi ponderada na decisão recorrida nem fazia parte da matéria de facto.

² Os factos aqui descritos não faziam parte da matéria de facto;



posto a concurso³;

H) O Município já havia sido objecto de dois Acórdãos, nos quais fora recomendado para, em empreitadas futuras, dar cumprimento do disposto nos nºs 5 e 6 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2/3 (Acórdão n.º 19/2005-1FEV-1.ªS/SS e Ac. n.º 100/2004-15JUN-1.ªS/SS)⁴;

I) Aquando do lançamento da presente empreitada, o Município já tinha conhecimento dos Acórdãos referidos na alínea H) do probatório, sendo certo que, naqueles, não foi ponderada a questão relativa à existência de uma cláusula do Caderno de Encargos do tipo da referida na alegação de recurso e alínea E) do probatório⁵;

2. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO

2.1. Do Acórdão recorrido.

A recusa do “visto” ao presente contrato fundamentou-se em dois vícios de violação de lei, a saber: **(i)** violação do disposto no art.º 65.º, n.º 5 e 6. do DL 59/99, de 2 de Março, por no mapa de quantidades posto a concurso se ter feito referência a produtos identificados pelas respectivas marcas comerciais, desacompanhadas da expressão “ou equivalente”, sendo certo que o Município já havia sido objecto de

³ Os factos aqui descritos não faziam parte da matéria de facto;

⁴ Os factos aqui descritos foram ponderados na decisão recorrida;

⁵ A 1.ª parte dos factos aqui descritos foi ponderada na decisão recorrida; a 2.ª parte, para além de não fazer parte da matéria de facto, não foi ponderada naquela decisão.



Tribunal de Contas

recomendações anteriores quanto a esta ilegalidade; **(ii)** violação do art.º 10.º, n.º 1, do DL n.º 12/2004, de 9/1, conjugado com o disposto na Portaria 994/2004, de 5/8, por a avaliação da capacidade económica e financeira dos concorrente se ter efectuado com base na Portaria n.º 1547/2002 (portaria já revogada à data da publicação do concurso), sendo certo que, de acordo com a portaria, à data, em vigor – a Portaria n.º 994/2004 – os indicadores a ter em conta passaram a ser apenas os respeitantes à “liquidez geral” e “autonomia financeira”, contrariamente ao que acontecia com a Portaria 1547/2002, onde também se exigia a avaliação com base no indicador relativo ao “grau de cobertura do imobilizado”.

Assim, e por se ter entendido que ambas as ilegalidades eram susceptíveis “de gerar limitações à concorrência”, considerou-se também, por essa via, que aquelas eram também susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constituía fundamento bastante para, com base na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26/8, se recusar o visto ao contrato.

2.2. Do alegado erro de direito, por não se verificar a imputada violação do disposto nos nºs 5 e 6 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2/3.

Conforme se verifica do “Mapa de Quantidades – Inst.Eléctricas, Rede Estruturada e Elevadores”, fazem-se referência a 99 marcas comerciais de produtos a incluir nas propostas a apresentar pelos concorrentes,



Tribunal de Contas

sem que tais indicações sejam acompanhadas da menção “ou equivalente”.

Da mesma peça concursal constam outras tantas (ou mais) marcas comerciais acompanhadas da expressão “do tipo”.

Ou seja, fazendo uma análise autónoma do Mapa de Quantidades qualquer destinatário normal concluiria que o que o dono da obra pretendia era que as propostas contivessem o que daquela peça procedimental patenteada a concurso exactamente se exigia.

Contudo, fazendo uma análise conjugada daquele Mapa de Quantidades e do Caderno de Encargos, podemos concluir que, apesar da referência feita em 99 itens a marcas comerciais no Mapa de Quantidades, tal referência se deverá ler como se estivesse acompanhada da expressão “do tipo e/ou equivalente”.

Mas então perguntar-se-á: por que razão o dono da obra não fez acompanhar todos os itens do Mapa de Quantidades de Trabalhos da expressão do “tipo e/ou equivalente”, tendo, ao invés, discriminado os materiais que “pretendia” que fossem de uma determinada marca (99 itens) de outros que podiam ser do “tipo” de uma determinada marca?

Não seria mais curial colocar em todos os itens a expressão “tipo e/ou equivalente”?

Como é que qualquer declaratório normal, colocado na posição de um hipotético concorrente, interpretará tal comportamento procedimental?



A nosso ver, a resposta mais consentânea com tal procedimento é a seguinte:

O que a entidade adjudicante, de facto, quer com vista à execução do objecto da empreitada são, ao menos preferencialmente, materiais daquela marca concreta e específica, pelo que eu concorrente, porque pretendo que a obra me seja adjudicada, irei fazer uma proposta com uma lista de preços unitários de onde constem produtos das referidas marcas comerciais, sendo certo que, se o não fizer - e porque da cláusula 63 às cláusulas complementares do Caderno de Encargos tais referências se devem subentender como se estivessem acompanhadas da expressão “do tipo e/ou equivalente” -, nunca poderei, “de jure”, ser excluído do concurso; só que o que eu pretendo é que a obra me seja adjudicada e não apenas que a minha proposta seja considerada para efeitos de classificação final, e, por isso, irei tentar elaborar uma proposta nos termos constantes do referido Mapa de Quantidades, dando, assim, preferência às marcas comerciais naquele referidas e, por essa via, excluir marcas equivalentes às concretamente especificadas.

Foi, de resto, assim que o adjudicatário interpretou as peças patenteadas a concurso, já que a lista de preços unitários constante da sua proposta obedeceu exactamente ao que se pedia no Mapa de Quantidades de trabalhos (vide alínea G) do probatório).

Mas mais: a cláusula 63 das cláusulas complementares ao Caderno de Encargos, sendo compreensível como cláusula de salvaguarda para



Tribunal de Contas

qualquer lapso ocasional e evidente que, porventura, pudesse ter ocorrido noutras peças concursais, já não é compreensível para qualquer declaratório normal, colocado na posição de um hipotético concorrente, como uma cláusula de salvaguarda para lapsos que se traduziram na indicação de marcas em 99 itens sem que as mesmas fossem acompanhadas da expressão “do tipo e/ou equivalente”; ou seja, aquela cláusula, no circunstancialismo supra referido, e para efeitos de uma adjudicação efectiva, é susceptível de ser recepcionada por qualquer hipotético concorrente como uma cláusula inócua e, por isso, irrelevante do ponto vista da vontade real do adjudicante.

Em face do exposto, a questão que se coloca consiste em saber se da elaboração das peças concursais como atrás se descreveu resultou a violação do disposto nos nºs 5 a 7 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2 de Março.

A resposta será positiva se da interpretação feita sobre tais peças concursais, e atrás analisada, se concluir que a entidade adjudicante, ao elaborar e publicitar as peças concursais como acima se descreveu, actuou de forma inadequada e/ou inidónea ao fim jurídico a prosseguir e a que estava obrigada, e que, no caso concreto, se deveria traduzir no respeito pelos princípios legais subjacentes ao disposto nos nºs 5 a 7 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2 de Março, ou seja, no respeito pelos princípios da imparcialidade e da livre circulação de mercadorias (art.º 28.º do Tratado CE).



Ora, a nosso ver, a resposta só poderá ser positiva, porquanto:

- As peças procedimentais patenteadas a concurso, atento o seu teor, e pelos fundamentos atrás referidos, por serem susceptíveis de criarem a convicção séria aos seus destinatários de que a vontade real do dono da obra era a de que a lista de preços unitários contivesse, pelo menos preferencialmente, as marcas indicadas no Mapa de Quantidades (os referidos 99 itens), o que, de resto, ocorreu no que se refere à entidade adjudicatária, são também, por essa via, idóneas a dissuadir os operadores económicos que utilizem sistemas análogos àqueles produtos (os referidos 99 itens) de apresentar propostas, sendo ainda susceptíveis de entravar as correntes de importação no comércio intracomunitário, contrariando o actual art.º 28.º do Tratado CE, reservando o concurso apenas aos fornecedores que se proponham utilizar os produtos especificamente indicados naquela peça concursal⁶;

Conclui-se, assim, pela violação dos supra referidos normativos.

Questão diversa é a de saber se tal ilegalidade conduzirá, em concreto, à recusa do visto.

É o que mais à frente iremos analisar.

⁶ Ver 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)



2.3. Do alegado erro de direito, por da ilegalidade consubstanciada na violação do disposto no art.º 10.º, n.º 1, do DL n.º 12/2004, de 9/1, conjugado com o disposto na Portaria 994/2004, de 5/8, não resultar uma alteração da qualificação dos concorrentes e de, por essa via, não ser fundamento de recusa do visto.

Como é unanimemente reconhecido e resulta do disposto no art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da lei 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa do visto qualquer ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato.

Ou seja, para efeitos da aplicação da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, quando aí se diz “*ilegalidade quepossa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade verificada possa resultar a alteração do resultado financeiro do contrato.

Ora, e como resulta do Acórdão recorrido, ao solicitar-se “uma indevida exigência do indicador “grau de cobertura do imobilizado” está-se a fazer uma exigência que é susceptível de gerar limitações à concorrência”, o que, em abstracto, constitui fundamento de recusa do visto ao contrato.

Questão diversa é a de saber se tal ilegalidade conduzirá, em concreto, à recusa do visto ao contrato.



É o que, a seguir, iremos analisar.

2.4. Da existência, em concreto, de fundamento de recusa do visto ao contrato com fundamento nas ilegalidades supra identificadas.

Tem sido prática jurisprudencial o de que o cometimento de ilegalidades por uma determinada entidade de que não resulte uma alteração efectiva do resultado financeiro do contrato, mas que sejam apenas e tão-só susceptíveis de alterar esse resultado, e desde que dos autos não resulte prova da existência de recomendações anteriores dirigidas à essa entidade quanto àquelas mesmas ilegalidades, fazer uso, em princípio, da faculdade de prevista no n.º 4 do art.º 44.º, da Lei 98/97, de 26/08.

Ora, no caso dos autos, não está demonstrado que tais ilegalidades tenham sido causa efectiva de qualquer alteração do resultado financeiro do contrato.

Está, porém, provado que o Município em causa já foi objecto de duas recomendações anteriores quanto à violação do disposto nos nºs 5 e 6 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2/3.

Contudo, e como veremos, **os factos integradores da violação de**



tais normativos são diversos dos actuais.

Na verdade, enquanto que nos Acórdãos anteriores apenas se teve em conta o facto de no mapa de quantidades se ter feito referência a marcas sem que estas estivessem acompanhadas da menção “ou equivalente”, no caso presente, conclui-se pela verificação da mesma ilegalidade, mas, agora, por se entender, que, no circunstancialismo fáctico apurado, as peças concursais, designadamente o facto, de no Caderno de Encargos, existir uma cláusula complementar onde se referia que qualquer referência a marcas contida nas peças concursais se deveria ler como se estivesse presente a expressão “do tipo e/ou equivalente”, e que interpretada em conjugação com o mapa de quantidades, em que se fazia referência a 99 itens de produtos com referências a marcas “tout court” e outras tantas (ou mais) com referência a marcas, mas acompanhadas da menção “ou tipo”, eram susceptíveis de ser entendidas por qualquer declaratório normal, colocado na posição de um hipotético concorrente, como existindo uma vontade efectiva, ou ao menos preferencial, por parte do adjudicante, quanto às marcas dos produtos concretamente indicadas (os referidos 99 itens”); ou seja, a forma como foram elaboradas e publicitadas as peças concursais mostrou-se inadequada e/ou inidónea ao fim jurídico a prosseguir e a que entidade administrativa estava obrigada, e que, no caso concreto, se deveria traduzir pelo respeito efectivo e pleno dos princípios legais subjacentes ao disposto nos n.ºs 5 a 7 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2 de Março - princípios da imparcialidade e da livre circulação de mercadorias – já que só assim aqueles normativos se poderão considerar integralmente cumpridos.



Conclui-se, assim, existir, em concreto, fundamento para se fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26/08, já que, como atrás se referiu, os factos integradores da ilegalidade praticada são diversos dos praticados em anteriores empreitadas.

3. DECISÃO

Termos em que acordam em:

- a) Revogar o Acórdão recorrido, nos termos e com os fundamentos supra referidos;
- b) Visar o contrato em apreço;
- c) Recomendar à Câmara Municipal de Matosinhos o rigoroso cumprimento, em empreitadas futuras, do que legalmente se encontra estatuído nos n.º 5 a 7 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2/3, o que passa por em todas as peças concursais se não poder fazer referência a marcas comerciais, patentes ou tipos nem a uma origem ou produção determinada, a menos que tal referência seja justificada pelo objecto do contrato e seja acompanhada da menção “ou equivalente”;
- d) Recomendar àquela Câmara o rigoroso cumprimento, em empreitadas futuras, do que legalmente se encontra estatuído no art.º 10.º, n.º 1, do Dec-Lei n.º 12/2004, de 9/1, e Portaria n.º 994/2004, de 5/8.



Tribunal de Contas

Emolumentos legais.

Lisboa, 12 de Junho de 2007.

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes

Pinto Almeida

Amável Raposo

O Procurador-Geral Adjunto