



ACÓRDÃO N.º 15/2008 - 21.Out.2008 - 1ªS/PL

(Processo n.º 868/08)

DESCRITORES: Comissão de Abertura do Concurso / Comissão de Análise das Propostas / Composição / Princípio da Imparcialidade / Marcas e Patentes / Empreitada de Obras Públicas / Documentos / Fotocópia / Preços / Restrição de Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. As comissões de acompanhamento do concurso - comissão de abertura do concurso e comissão de análise das propostas - são constituídas por membros designados procedimento a procedimento, de onde conste a identificação de cada um dos membros das referidas comissões (cfr. art.º 60.º, n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).
2. As comissões de acompanhamento com carácter permanente cujos membros sejam designados para todos os procedimentos que vierem a ser abertos permite, em abstracto, que se consolidem laços de cumplicidade perniciosos em sede de procedimentos concursais - quer por via directa ou indirecta - entre os membros das referidas comissões e potenciais concorrentes, o que poderá potenciar o favorecimento/desfavorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros e, consequentemente, violar o princípio da imparcialidade (cfr. art.º 6.º do Código do Procedimento Administrativo, e art.º 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).
3. A indicação de marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, ou de origem ou produção é proibida, sendo, no entanto, autorizada quando acompanhadas da menção “tipo” ou “ou equivalente” sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso as especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos



Tribunal de Contas

os interessados (cfr. art. 65.º, n.ºs 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).

4. O preço das cópias a fornecer aos interessados é o seu preço de custo, o que exclui o custo inerente à preparação e elaboração dos documentos a fotocopiar, nomeadamente a incorporação pelo município no custo de preço de custo de uma percentagem de 10% designada por “custos administrativos” representativa dos encargos inerentes ao tempo gasto pelos funcionários na organização, corte e dobragem das fotocópias (cfr. art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e ponto 4.1.3. do POCAL).
5. 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 do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



ACORDÃO Nº 15 /2008 – 21 OUT – 1ªS/PL

Proc. nº 868/2008

1. A **Câmara Municipal de Abrantes** remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada de “**Requalificação do Parque Escolar do Concelho de Abrantes – Escola do 1º Ciclo do Ensino Básico nº 4 – Chainça**”, celebrado em 19/05/2008, com a “**João Salvador Limitada**”, pelo valor de € 379.788,80, acrescido de IVA.
2. Para além dos factos referidos em 1, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:
 - A)** O contrato em apreço foi precedido de concurso público cujo aviso de abertura foi publicado no *Diário da República*, 2ª Série, de 11 de Dezembro de 2007, e nas restantes publicações obrigatórias;
 - B)** O prazo de execução da obra é de 365 dias após a consignação que ocorreu a 7 de Julho de 2008;
 - C)** Em 23 de Abril de 2007, o executivo municipal, no que às comissões de abertura do concurso e de apreciação das propostas diz respeito, deliberou aprovar a seguinte proposta do Presidente da Câmara:

Nos termos do disposto no artigo 60º, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, diploma que regula o regime jurídico de empreitadas de obra públicas, proponho que a reconstituição da Comissão de Abertura de Concursos e da Comissão de Análise das Propostas:



Tribunal de Contas

Comissão de Abertura de Concursos

Efectivos:

- 1) José António de Jesus Grácio – Chefe de Repartição;
- 2) Elsa Margarida Gaspar Lopes Mendes – Técnica Superior de Gestão;
- 3) Rita Maria Alves Marques – Chefe de Secção.

Presidente: José António de Jesus Grácio (no impedimento será substituído por Rita Maria Alves Marques);

Secretário: Rita Maria Alves Marques (no impedimento será substituída por Celeste Maria Marques Santos Gaspar).

Suplentes:

- 1) Joaquim António Silva Lúcio;
- 2) Celeste Maria Marques dos Santos Gaspar;
- 3) Fernando Jorge Rente Lopes.

Comissão de Análise das Propostas

Efectivos:

- 1) João António Fernandes Silva – Chefe de Divisão;
- 2) Sara Cristina Jorge Morgado – Coordenadora da DOP;
- 3) Fernando Jorge Rente Lopes – Engenheiro Técnico Principal.

Presidente: João António Fernandes Silva (no impedimento será substituído por Fernando Jorge Rente Lopes).

Suplentes:

- 1) Ezequiel Fernando Ruivo de Oliveira Gomes – Chefe de Divisão;
- 2) Sandra Maria Jesus Oliveira Matos Ferreira – Técnica Superior de 1ª Classe;



Tribunal de Contas

3) *Carlos Alberto Simões Oliveira – Técnico Superior de 2ª Classe.*”

D) Em 30 de Julho de 2008, a DGTC, devolveu o contrato, cujo ponto 2 do respectivo ofício, é do seguinte teor: *“Se esclareça se a nomeação das comissões de abertura e de análise a que se reporta o ponto 7 da acta de reunião camarária de 23.4.07 foi feita apenas para o presente procedimento ou se destina a cobrir um período temporal alargado, e, em caso afirmativo, qual a respectiva duração.”*

E) Em resposta ao solicitado, o Município informou que *“A nomeação das comissões de abertura e de análise a que se reporta o ponto 7 da acta da reunião camarária de 23-04-07, destina-se a cobrir o período do mandato.”*

F) O mapa de quantidades posto a concurso continha referências a marcas, sem a menção das expressões “tipo” ou “ou equivalente”;

G) As marcas não acompanhadas das referidas expressões são as seguintes: Cerev, Ioniflash, Farfisa e Ferroli;

H) Face ao disposto no nº 6, do artigo 65º, do DL nº 59/99, de 2 de Março, questionámos o Município, que nos esclareceu como se segue:

No “J – Equipamento” “Capítulo 1 – Equipamento” nos pontos 1, 2 e 3 consta uma marca comercial antecedida da expressão “marca de referência”. Embora não seja essa expressão referida no nº 6 do artigo 65º do DL 59/99, trata-se de expressão equivalente, que permite a salvaguarda da concorrência. Efectivamente, a palavra “referência” significa, “o que serve de modelo ou de apoio; série de indicações que possibilitam a identificação de um artigo, etc.” (Dicionário de Língua Portuguesa, www.infopedia.pt). A referida



expressão é susceptível de ser entendida por qualquer declaratório normal, colocado na posição de um hipotético concorrente, como existindo uma vontade efectiva, por parte da entidade adjudicante de aceitar a marca do produto indicada, ou qualquer outra com características equivalentes. A referida expressão, dá cumprimento ao disposto no referido nº 6 do artigo 65º do DL 59/99. Em todo o caso, esses mesmos artigos são mencionados nas condições técnicas especiais da rede de aquecimento central, ali se fazendo menção à expressão “ou equivalente” – pág. 6 e 7 (de que se junta cópia).

- *Detectámos agora que, por lapso, no capítulo 6. do ponto 6.2, não se fez acompanhar a marca ali indicada da expressão “do tipo” ou “ou equivalente”. Essa expressão encontra-se no entanto efectuada na respectiva peça desenhada (desenho nº 1080-2-ARQ-20- de que se junta cópia).*
- *Foi sempre intenção aceitar qualquer alternativa de marcas equivalentes existentes no mercado.*
- *A ausência de menção da expressão “do tipo” ou “equivalente” ficou exclusivamente a dever-se a lapso da empresa à qual foi adjudicado o respectivo projecto, e também, dos serviços técnicos deste município que, aquando da verificação/conferência do processo, deveriam ter detectado/corrigido a referida anomalia.*
- *Durante o período em que decorreu o concurso público não houve quaisquer reclamações.*
- *O Município está receptivo, a, no decurso da obra admitir materiais ou equipamentos alternativos, desde que satisfaçam as condições e características técnicas pretendidas relativamente aos solicitados no mapa de quantidades.*



Tribunal de Contas

- *O referido facto não restringe o universo dos potenciais concorrentes, não prejudica os princípios da livre concorrência e não é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato. Com efeito, essa omissão incidiu apenas no referido artigo, cujo valor corresponde a 1,087% do valor da empreitada (trata-se de valor insignificante face ao valor global do contrato).*
- *Por outro lado, a omissão verificada não é apta a alterar o resultado financeiro do contrato, uma vez que é a lei (nº 6 do artigo 65º do DL 59/99) que garante a possibilidade de apresentação de produtos do “tipo” ou “equivalente” dos indicados no caderno de encargos. Tendo a lei um valor normativo superior ao regulamento do concurso, a omissão verificada não prejudica a faculdade de qualquer concorrente apresentar, nos termos da lei, produtos do “tipo” ou “equivalente” dos pedidos.*
- *Todos os potenciais concorrentes sabem – até por dever de ofício – que o DL 59/99 exige que os produtos referenciados sejam acompanhados da menção “tipo” ou “equivalente”, pelo que a omissão dessa menção não tem a potencialidade de limitar o acesso ao concurso por todos os interessados.*
- *Por outro lado, qualquer concorrente que fosse afastado do concurso, por apresentar na sua proposta um produto do “tipo” ou “equivalente” do que consta do caderno de encargos sem aquela menção, veria a sua situação jurídica protegida por lei e poderia impugnar não só essa decisão como o próprio resultado do concurso, com fundamento em violação de lei.*
- *Nenhum concorrente ou potencial concorrente apresentou reclamação sobre a omissão da menção “do tipo” ou “equivalente” no produto mencionado.*



Tribunal de Contas

- *A referida omissão não provocou qualquer distorção à concorrência nem alterou o resultado financeiro do contrato. Face aos valores envolvidos não houve sequer susceptibilidade de isso ter ocorrido.*
- *A repetição do concurso expurgada da omissão verificada, terá um efeito financeiro negativo nos cofres da autarquia muito superior ao benefício que poderia, abstractamente, colher-se dessa repetição. O cumprimento da lei é sempre um benefício, mas nem sempre a não observância rigorosa da sua letra gera um prejuízo, sobretudo quando o seu espírito se mantém intocado e não se demonstra, nem sequer indiciariamente, haver prejuízo do interesse público.*
- *O Município já tomou medidas no sentido de impedir que lapsos como o presente se repitam (reforçou a equipa de revisão das peças) e ainda assim, acautela agora os procedimentos concursais de eventuais lapsos, com uma cláusula de salvaguarda (mencionando que todas as marcas mencionadas serão “do tipo” ou “equivalente”).*
- *A empreitada em apreço “Requalificação do Parque Escolar do Concelho de Abrantes, Escola do 1º Ciclo do EB nº 4 – Chainça” encontra-se contemplada na Carta Educativa, foi devidamente articulada com o Ministério da Educação e obteve financiamento no âmbito do QREN – Programa Operacional do Centro. A referida participação de despesa está sujeita à condição suspensiva de concessão do visto do Tribunal de Contas.*
- *A obra foi consignada no passado dia 7 de Julho, estando prevista a conclusão dos trabalhos em 7 de Julho de 2009. Até ao terminus dos referidos trabalhos a comunidade educativa encontrar-se-á instalada em condições precárias e provisórias.*



Tribunal de Contas

- *A eventual repetição do procedimento concursal iria obrigar à reformulação total do projecto, tendo em conta as exigências da nova legislação da contratação pública, que entretanto entrou em vigor.*
- *A perda da participação financeira é de facto uma hipótese muito provável, sendo que pela concorrência havida não há qualquer proporção entre os encargos decorrentes de uma eventual recusa de visto, e a relevância da eventual violação de norma legal em concreto, que foi não querida.*
- *Parece-nos por isso da mais elementar justiça que, ponderando o interesse público, se faça um juízo de proporcionalidade entre o hipotético fundamento de recusa de visto e as consequências da referida recusa, optando-se por conceder o visto com eventuais recomendações.*

Assim, conclui-se que:

- *Pelas razões referidas em 5, a falta de indicação, no caso pontual, da expressão “ou equivalente” deve ser considerada mera irregularidade não intencional, que na sistemática dos documentos, e na perspectiva de “Regulamento” de norma (DL 59/99, art. 66º, nº 6) a que não se sobrepõe, e para que se remeta expressamente, não é passível de criar perturbação nos declaratórios e na forma de apresentação das propostas, e não tem qualquer influência em distorção da concorrência;*

- I)** A entidade adjudicante solicitou pelo fornecimento das peças processuais o valor de 556,00 € (ponto IV 3.2.) do anúncio do concurso e ponto 26 do programa do concurso;



Tribunal de Contas

J) Atento o facto que antecede, foi o Município notificado para que demonstrasse que tal valor corresponde ao preço de seu custo, conforme dispõe o n.º 4 do art.º 62.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março;

K) Para o efeito, o Município remeteu o mapa demonstrativo do cálculo do preço das peças do processo, referindo o seguinte (a fls. 92 a 97):

O cálculo do valor para aquisição do processo posto a concurso, corresponde ao preço do seu valor de custo, conforme a seguir se discrimina (remete-se cópia do documento discriminativo que consta do respectivo processo)

Descrição do Trabalho	Quantidade	Unitário	Total
Nº impressões A4 preto/cor	785	0,30 €	235,50 €
Nº impressões A3	14	0,50 €	7,00 €
Cópias grandes formatos (m2)	22,75	11,40 €	259,32 €
Nº de encadernações	0		0,00 €
Pasta branca com molas 9cm	2	1,62 €	3,24 €
Pasta branca com molas 7cm	0	1,20 €	0,00 €
Pasta branca com molas 3cm	0	1,37 €	0,00 €
CD gravável 80 minuto, com caixa	1	0,40 €	0,40 €
Total Parcelar			505,46 €
Custos Administrativos 10%			50,55 €
TOTAL			556,00 €

(Ao valor total apresentado, acresce o IVA à taxa legal em vigor)

Fundamentação da solução adoptada:

- *O Município possui máquina de fotocópias;*
- *O Município fixou o preço das peças tendo em conta o respectivo custo de produção;*
- *Este custo é provavelmente superior ao praticado por um estabelecimento comercial que se dedique exclusivamente a essa actividade, com custos de produção unitários muito mais baixos, por possuir fotocopiadoras modernas e*



Tribunal de Contas

especialmente destinadas à produção de um elevado número de cópias num curto espaço de tempo;

- *Sendo que a ponderação dos custos de utilização conduziu à fixação daqueles valores, poderia criticar-se a ineficiência de uma gestão económica da máquina. Mas, o certo é que o valor de custos depende de factores como o preço da máquina e do regime de utilização.*
- *Parece-nos que numa utilização não mercantil da máquina, pois não é o ramo de negócios da Câmara Municipal, o custo por fotocópia pode atingir facilmente mais do dobro do preço de mercado do ramo. E só se justifica algum investimento, em razão de ganhos de tempo de proximidade de utilização do serviço, sendo que a máquina é utilizada com tempos mortos.*
- *Na expressão de Jorge Andrade da Silva in o “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas”, Almedina, 9ª Edição página 178, “...O direito dos interessados de obter as cópias dos elementos patenteados a preços de custo, é, quanto a este último aspecto, de difícil senão impossível controlo, salvo manifesto exagero, pelo que se trata mais de uma recomendação à entidade que abriu o concurso do que de outra coisa...”.*
- *Assim é. E quando a Câmara Municipal pelos acórdãos 11/06 e 46/06 foi objecto de recomendação mudou o procedimento, reformulou o preço ajustando o custo de acordo com fórmula e parcelas atrás indicados. Não se manteve na inércia, pois é totalmente diferente a fórmula anteriormente aplicada aos preços dos cadernos, (que variava em função do valor estimado da empreitada) da hoje aplicada, que tende a acompanhar, na proporção, os custos efectivamente dispendidos por este Município em concreto, nunca se atingindo valores exagerados em função do valor da empreitada, como poderia ocorrer antes da recomendação do Tribunal de Contas. Esta mudança de procedimento ocorreu com o lançamento em Julho de 2006, da 1ª empreitada, em que houve encargos do processo, após a recomendação, empreitada que viria a ser adjudicada à Pontave – Construções, S.A. – Aveiro, conforme decorre dos documentos 1, 2 e 3 anexos;*
- *Veja-se o esforço para corresponder às recomendações do Tribunal de Contas, conforme os documentos 4, 5 e 6. Houve expressa orientação e reformulação de procedimentos para a indexação dos preços aos custos, mas é claro e em concreto da Câmara Municipal de Abrantes;*



Tribunal de Contas

- *A lei reguladora do regime geral das taxas das autarquias locais (Lei 53-E/2006 de 29-12) estabelece que o valor das taxas deve ter em consideração um conjunto de factores, tais como “os custos directos e indirectos, os encargos financeiros, as amortizações e investimentos realizados ou a realizar pela autarquia local”. Deve portanto concluir-se que na composição do “preço do custo”, referido na norma do nº 4 do artigo 62º do DL 59/99, há que atender aos diferentes factores previstos na al. c) do nº 2 do artigo 8º da Lei 53-E/2006;*
- *Acresce que a Câmara Municipal por força do art. 8º, nº 1 alínea c) da Lei 53-E/2006 de 29/12 em conjugação com o art. 17º, da mesma lei, está a rever o regulamento de taxas, tarefa que está a ser produzida em parte com recurso a “out sourcing”;*
- *Pretende-se melhorar, adequar às exigências legais, sendo que no actual quadro normativo e de acordo com o apuramento de custos trabalhado, se entende não haver evidência de ilegalidade;*
- *O custo das cópias cobrado pelo Município reflecte o seu custo de produção. Os 10% de custos administrativos aplicados representam um encargo suportado pelo Município com o tempo gasto pelos funcionários na organização das fotocópias; no corte e dobragem das folhas que pela sua dimensão assim o exigem; e na colocação sequencial de todas as folhas nas respectivas pastas. Representam trabalho dos funcionários que é pago pelo Município. Logo, os 10% relativos a custos administrativos são uma parcela dos reais custos de produção das cópias, pelo que eles têm de ser contabilizados no preço de custo a que se refere o nº 4 do artigo 62º do Dec. Lei 59/99 de 02 de Março;*
- *Por outro lado, há que notar que a aquisição do caderno de encargos relativo à escola foi feita por 11 interessados, não constando críticas ao seu valor, e não indicando cerceamento de concorrência, parecendo que, em concreto, em nada o preço do caderno de encargos contribuiu para distorção da concorrência e da obtenção do melhor preço da empreitada.*
- *A propósito do preço das cópias cobrado pelo Município, deixam-se ainda os seguintes esclarecimentos:*

I – O Município na sequência das recomendações constantes dos acórdãos 11/06 de 17-01 e 46/06 de 07-02 alterou as regras relativas á fixação do preço



Tribunal de Contas

das cópias dos processos (tendo abandonado a prática que deu origem às referidas recomendações e que consistia em atender ao valor base do concurso para fixação do valor das cópias (v. ofício 18906 de 30-11-05 remetido pelo Município ao Tribunal de Contas na sequência de esclarecimentos solicitados a propósito do processo que veio dar origem ao acórdão 11/2006).

II – O Município tomou conhecimento das recomendações constantes do acórdão 11/06, quando o contrato que deu origem ao acórdão 46/06 já se encontrava no Tribunal de Contas. Após ter tomado conhecimento do teor das referidas recomendações, alterou os procedimentos nos moldes supra referidos.

III – No âmbito do processo de fiscalização prévia nº 521/08 desse Tribunal de Contas, foi solicitado ao Município que demonstrasse “(...) que o valor para aquisição do processo corresponde ao seu preço de custo (...)”. O Município remeteu um quadro com as parcelas que compõem o valor final. No passado dia 18-07-2008 o Município foi notificado da decisão de recusa de visto (Acórdão 97/08 com um voto de vencido). O Município interpôs recurso da douda decisão.

IV – O processo aqui em apreço já se encontrava no Tribunal de Contas quando o Município foi notificado do referido Acórdão 97/08.

V – Além do que, enquanto a referida questão não for definitivamente decidida, não poderá o Município extrair dela as respectivas consequências.

VI – Chama-se ainda à atenção que a questão do custo das peças deixará de se colocar relativamente aos novos procedimentos, dado que, a nova legislação sobre contratação pública, estabelece um regime desmaterializado de acesso às peças processuais.

VII – Reitera-se que não há violação repetida do princípio do fornecimento de cópias pelo preço de custo, porque foi arrepiado caminho, na sequência das recomendações, no sentido da adequação aos custos.

Quanto ao preço das cópias, concluímos:

- *O preço fixado para as cópias não impediu nenhum interessado de concorrer. Não se concebe que o preço de custo das cópias segundo o critério aplicado possa sequer ter desincentivado potenciais concorrentes a apresentarem as candidaturas. Efectivamente, não parece plausível que o valor de 556€ cobrado pelas peças fosse susceptível de afastar potenciais interessados, tendo em conta os potenciais ganhos decorrentes da execução da obra posta a concurso. Foram pelo menos 11 entidades a adquirir as peças do concurso.*
- *Não houve restrição da concorrência e do livre acesso ao mercado.*



Tribunal de Contas

- *O sentido das normas que estabelecem o custo das cópias é o de salvaguardar a leal concorrência por via dos preços praticados. Face aos valores envolvidos não houve qualquer restrição da concorrência nem os resultados financeiros foram alterados; nem tal susceptibilidade ocorreu.*
 - *Em todo o caso, se por hipótese, assim não se entender, estão reunidos os requisitos para a concessão de visto com eventuais recomendações (cujo objecto seria diverso das feitas nos acórdãos 11/06 e 46/06, uma vez que na sequência destas o Município alterou os procedimentos, conforme já deixámos exposto e se encontra documentado).*
 - *Invoca-se ainda a desproporcionalidade entre encargos decorrentes de eventual recusa de visto e entre o benefício da relevância da repetição de procedimentos, e a perda quase certa da participação no âmbito do QREN, sendo que não se evidenciou em concreto cerceamento da concorrência ou subversão do resultado financeiro do concurso. O interesse público apelará a que não seja tornada a medida drástica de recusa de visto.*
 - *Acrescenta-se que a perturbação da empreitada na escola para que aponta a programação da obra vai influenciar negativamente o ano escolar de 2008/2009 (conforme se infere das fotos anexas – doc. 8), mas tornar-se-ia deveras nefasta e caótica se prosseguisse no ano escolar seguinte, situação a ocorrer em caso de repetição de procedimentos.*
- L)** A entidade adjudicante, através dos Acórdãos nºs 11/06, de 17 de Janeiro de 2006, e 46/06, de 7 de Fevereiro de 2006, proferidos na 1.ª Secção, em Subsecção, transitados em julgado, já havia sido objecto de duas recomendações a dois contratos, por ter incorrido em vício de violação de lei do n.º 4 do art.º 62.º do DL 59/99, de 2 de Março;
- M)** A entidade adjudicante, através dos Acórdãos n.ºs 97/08, de 14 de Outubro, e 122/08, de 14 de Março, proferidos na 1.ª Secção, em Subsecção, **não** transitados em julgado, foi objecto de duas recusas de visto a dois contratos, por ter incorrido em vício de violação de lei do n.º 4 do art.º 62.º do DL 59/99, de 2 de Março



O) A entidade adjudicante já havia sido objecto de uma recomendação, por ter incorrido em vício de violação de lei do art.º 65.º, n.º 6, do DL 59/99, de 2/3, através do Acórdão nº-168/04-14.DEZ.04-1ªS/SS, transitado em julgado.

3. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO

3.1. Não estando em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alínea b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, 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”*.

3.1.1 Da violação do disposto no nº 1 do artigo 60º, do D.L. nº 59/99, de 2 de Março (alíneas C) a E) do probatório)

Dispõe o nº 1 do art.º 60.º do DL 59/99, de 2 de Março, sob a epígrafe **“Comissões de Acompanhamento do concurso”** que, *“Serão constituídas duas comissões, uma que supervisionará as fases do concurso mencionadas nas alíneas a), b) e c) do nº 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”*.

Por seu turno, dispõe o nº 2 do referido preceito que “As comissões são compostas, no mínimo, por três membros, todos designados pelo dono



Tribunal de Contas

da obra, e podem agregar peritos, sem direito a voto, para a emissão de pareceres em áreas especializadas.”

Visa este normativo que as referidas comissões – designadas pelo dono da obra – sejam constituídas por membros designados procedimento a procedimento, de onde conste a identificação de cada um dos membros das referidas comissões.

No caso dos autos, foram identificados os membros das referidas comissões.

Contudo, e conforme se pode ver do probatório, os membros das comissões de acompanhamento **não** foram designados procedimento a procedimento, como resulta da interpretação que do referido preceito temos por correcta, mas designados para todos os procedimentos que vierem a ser abertos a partir daquela data.

A nossa interpretação resulta dos seguintes considerandos:

- a)** A epígrafe do artigo aponta no sentido de propugnado, já que se reporta às comissões de acompanhamento **do concurso**, o que inculca, desde logo, a ideia que as referidas comissões terão que ser designadas por referência a um **procedimento em concreto**, e não para todos e quaisquer procedimentos concursais;
- b)** Daí que os diversos números do referido artigo devam ser analisados em conformidade;
- c)** **As comissões de acompanhamento são órgãos administrativos “ad hoc” administrativamente inseridos no Município e não comissões de acompanhamento permanentes, mesmo que de carácter temporário;**



d) A designação de comissões de acompanhamento com carácter permanente, nos termos supra referidos, **permite, em abstracto, que se consolidem laços de cumplicidade perniciosos em sede de procedimentos concursais – quer por via directa ou indirecta – entre os membros das comissões de acompanhamento e potenciais concorrentes, o que, em abstracto, poderá potenciar o favorecimento/desfavorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros e, conseqüentemente, violar o princípio da imparcialidade (artº 6.º do CPA e 11.º, n.º 1, do DL 197/99, 08/06).**

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

3.1.2 Da violação do disposto nos nºs 5 e 6 do art.º 65.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março (alíneas F) a J) do probatório)

Determina o art.º 65.º, nºs 5 e 6, 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).



Tribunal de Contas

Dispõe ainda o n.º 7 daquele normativo *“Para efeitos do presente diploma, consideram-se especificações técnicas o conjunto de prescrições técnicas constantes, **nomeadamente**, do caderno de encargos, que definem as características exigidas de um trabalho, material, produto ou fornecimento e que permitem a sua caracterização objectiva de modo que correspondam à utilização que o dono da obra os destina.”* (a palavra evidenciada é nossa).

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

Resulta dos autos e da matéria de facto dada como assente que, no mapa de quantidades, constam referências a marcas comerciais sem que estas se mostrem acompanhadas da menção de uma expressão “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 exemplificativa¹.

Ora, se a lei quis claramente proibir que com a utilização abusiva de “especificações técnicas”, se viole a concorrência, por maioria de razão

¹ 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.



Tribunal de Contas

há-de proibir a indicação de marcas comerciais ou industriais em qualquer peça concursal².

Entende-se, por isso, que a proibição a que se reportam os n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º se deve entender como extensiva a qualquer peça processual^{3, 4};

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

3.1.3. Da violação do art.º n.º 4 do art.º 62.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março.

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 n.ºs 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, caderno de encargos e o programa do concurso (n.º 2 do art.º 64.º) e, na situação prevista no n.º 5 do mesmo preceito,

² Vide Acórdãos supra referidos.

³ 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)

⁴ 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.



Tribunal de Contas

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

O preço das cópias a fornecer aos interessados, é, assim, 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, estando, por isso, excluído de tal preço 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, mão-de-obra directa e de outros gastos gerais de fabrico necessariamente suportados para o produzir (vide, a propósito, ponto 4.1.3 do POCAL) ⁵

No caso *sub judice*, e como se vê da alínea K) do probatório, o Município fez incorporar no preço de custo uma percentagem de 10%, que designou por “custos administrativos”, e que, segundo aquele, *representam um encargo suportado pelo Município com o tempo gasto pelos funcionários na organização das fotocópias; no corte e dobragem das folhas que pela sua dimensão assim o exigem; e na colocação*

⁵ Vide, a título de exemplo, os Acórdãos, proferidos em subsecção, n.ºs 72/08, de 27-5-2008; 76/08, de 03-06-2008; 90/08, de 24-6-2008; 97/08, de 15-7-2008; 98/08, de 15-7-2008 e 108/08, de 16-9-2008.



Tribunal de Contas

sequencial de todas as folhas nas respectivas pastas. Representam trabalho dos funcionários que é pago pelo Município.

Donde conclui o Município os 10% relativos a custos administrativos são uma parcela dos reais custos de produção das cópias, pelo que eles têm de ser contabilizados no preço de custo a que se refere o nº 4 do artigo 62º do Dec. Lei 59/99 de 02 de Março.

Porém, desconhece-se qual o percurso cognoscitivo percorrido pela entidade adjudicante com vista à conclusão de que os custos com a mão-de-obra directa ascendem a 10%, ou mesmo se essa percentagem representa o custo de mão-de-obra directa, ou apenas o custo de mão-de-obra directa.

Não sabemos, designadamente, quanto tempo foi gasto pelos funcionários na organização das fotocópias, no corte e dobragem das folhas, na colocação sequencial de todas as folhas nas respectivas pastas, sendo certo que tal estimativa estava ao alcance do Município.

Bastava, para isso, que o Município fizesse um cálculo em que tivesse em conta o vencimento do funcionário (ou funcionários) que funcionalmente realiza aquele trabalho e o número de horas dispendido no mesmo.

Sem estes elementos, ficamos até sem saber se os referidos 10% relativos a custos administrativos são, de facto, só custos com mão-de-obra directa ou até custos desse tipo.



Mostra-se, por isso, violado o disposto no art.º 62.º, n.º 4, do DL 55/99, de 2 de Março.

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 art.º 44.º, da Lei 98/97), **porquanto:**

- Os vícios supra identificados não estão previstos no n.º 2 do art.º 133.º do CPA;
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aqueles vícios, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1 do art.º 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)⁶.

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

⁶ 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.



Tribunal de Contas

Afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art.º 44 da Lei 98/97, 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 das violações 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 art.º 44.º da Lei 98/97, 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.

Atendendo ao facto da entidade adjudicante **já ter sido objecto de duas recomendações já transitadas em julgado no que se reporta à violação do art.º 62.º, n.º 4, e a uma recomendação relativa à violação do art.º 65.º, n.º 6, ambos do DL 59/99, de 2/3, a que não é alheia a violação do n.º 1 do art.º 60.º do mesmo diploma legal**, entendemos não haver fundamentos para lançar mão do disposto no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26/08, ou seja, conceder o visto com recomendações, havendo, ao invés, fundamentos suficientes para



Tribunal de Contas

recusar o visto ao contrato, nos termos da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26/08.

5. DECISÃO

Termos em que, com os fundamentos supra expostos, se decide recusar o visto ao contrato.

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

Lisboa, 21 de Outubro de 2008.

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes

António Santos Soares

Helena Abreu Lopes

João Figueiredo

O Procurador-Geral Adjunto



Declaração

Processo nº 868/2008

1. Discordo da recusa do visto pelos motivos a seguir expostos.
2. Em matéria de preço de custo das cópias dos documentos do concurso:
 - a) Como bem recorda o Acórdão, dispõe o artigo 62º, nº 4, do Decreto-Lei 59/99, de 2 de Março, que os interessados poderão solicitar, em tempo útil, que lhes sejam fornecidas pelo dono da obra, a preços de custo, cópias devidamente autenticadas dos elementos referidos nos números 2 e 5, as quais lhes deverão ser enviadas no prazo máximo de 6 dias a contar da data de recepção do pedido;
 - b) Dispõe igualmente o artigo 12º da Lei nº 46/2007, de 24 de Agosto que a reprodução é sujeita a pagamento da taxa fixada, que deve corresponder à soma dos encargos proporcionais com a utilização de máquinas e ferramentas e dos custos dos materiais usados e do serviço prestado, sem que, porém, ultrapasse o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente;
 - c) Salienta a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), no parecer nº 125/2007, de 16 de Maio de 2007, no Processo nº 125/2007, que as taxas cobradas pela reprodução de documentos não podem ultrapassar significativa e injustificadamente, em violação do princípio da proporcionalidade o custo dos materiais usados e do serviço prestado;
 - d) Nesse sentido, como bem refere o acórdão, também se orienta o ponto 4.1.3 do Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (POCAL), ao estabelecer que se considera como *custo de produção* de um bem, a soma dos custos das matérias-primas e outros materiais directos consumidos, da mão-de-obra directa e de outros gastos gerais de fabrico, necessariamente suportados para o produzir;



Tribunal de Contas

- e) Considera o Acórdão que, neste procedimento, se aplicou um preço superior ao do seu custo de produção, por se lhe ter incorporado uma percentagem de 10% relativa a “custos administrativos”;
- f) Invocaram os serviços que o valor corresponde ao “preço do custo”, representando aquela percentagem o encargo assumido pelo Município com o trabalho necessário à realização e organização das fotocópias;
- g) Parece pois estar sobretudo “em crise” a aplicação desta percentagem de 10%, relativa a custos administrativos;
- h) Ora, julgo que os serviços procedem bem quando, para além do custo dos materiais usados na sua produção, têm em conta o custo da utilização dos equipamentos necessários a tal produção e ainda o custo do serviço prestado, devendo pois considerar, nomeadamente, o custo relativo ao trabalho de busca dos documentos a copiar, a realização das cópias e a sua organização;
- i) Parece-me, pois, bem a aplicação da taxa de 10%, precisamente para considerar aquelas componentes no “preço do custo” (como prevê a lei), todo o “custo do serviço prestado” (como doutrina a CADA) ou a “mão-de-obra directa e outros gastos gerais de fabrico” (como estabelece o POCAL). Pese embora não tenha sido explicitado o *iter* que conduziu a tal percentagem, parece-me que ela é perfeitamente aceitável, até ao estabelecimento de mecanismos de contabilidade mais exigentes (cuja introdução não é simples) e que, na senda do que é sugerido pelo acórdão, permitirão a fixação rigorosa do preço de custo;
- j) Parece-me pertinente a justificação apresentada pelos serviços para o facto do preço unitário das suas cópias poder ser superior a alguns preços praticados no mercado;



Tribunal de Contas

- k) Em conclusão: nesta matéria – o preço de custo fixado para os documentos – considero que não houve violação de preceitos legais;
- l) Adiante-se, contudo, que, no meu parecer, tão importante quanto o que já foi dito, é relembrar, com a devida vénia, que na interpretação e aplicação da lei, o julgador, com base no seu texto, deve descortinar o seu sentido e alcance. Os valores que estão em causa, em todas estas disposições normativas e posições jurisprudenciais e doutrinárias, é salvaguardar a leal concorrência - ou prevenir a restrição da concorrência por via dos preços praticados – e a não adulteração dos resultados financeiros do procedimento ou a mera susceptibilidade de tal acontecer;
- m) Ora, face aos valores que, em concreto, estão envolvidos no presente contrato e face aos preços dos documentos – preços unitários, taxa de 10% para custos administrativos que, acima, se considerou estar bem aplicada, e IVA aplicável – estou convicto de que não houve qualquer restrição da concorrência, nem os resultados financeiros foram alterados e – repete-se: face aos concretos valores envolvidos – nem tal susceptibilidade ocorreu;
- n) Assim, mesmo que se considerasse estar-se perante uma ilegalidade, não estava preenchida a previsão normativa da norma constante na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, e portanto não haveria fundamento para recusa de visto.

3. Em matéria de “marcas”:

- a) Está em causa, como bem diz o acórdão, a observância do disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março;
- b) São factos provados – e bem identificados no acórdão - que em quatro casos a “marca” indicada não vem acompanhada da menção “tipo” ou “equivalente”;



Tribunal de Contas

- c) Contudo, esses quatro casos representam um número pouco significativo face ao número de materiais envolvidos na empreitada e os valores correspondentes são pouco significativos face ao valor global do contrato;
- d) Há de facto violação da **letra** da lei. Mas, atendendo ao seu espírito e aos valores que persegue, estou firmemente convicto de que, com aquela violação, não houve qualquer distorção à concorrência, não houve alteração dos resultados financeiros e – repete-se: face aos concretos valores envolvidos – nem susceptibilidade de ocorrerem.
4. Em matéria de constituição das comissões do concurso, acompanho as posições do acórdão.
5. Não pode ignorar-se o facto de este Tribunal já ter formulado recomendações sobre estas matérias e sobre este tipo de violações àquela Câmara Municipal. No caso do preço dos documentos, na sequência do que acima disse nessa matéria, considero pertinente a argumentação da CMA, no sentido de ter dado acolhimento às recomendações deste Tribunal, quando alterou os procedimentos anteriores. Pior andou no que respeita às marcas deixando que, por lapso, a violação do disposto na **letra** da lei ocorresse em quatro casos. Parecem-me contudo aceitáveis as soluções que diz ir introduzir para prevenir casos futuros.
6. Contudo, face ao que acima foi referido, face os montantes envolvidos na empreitada e ao facto de em todos os demais aspectos – e bem mais importantes – os procedimentos concursais terem sido bem conduzidos em conformidade legal, julgo ser uma solução draconiana a recusa do visto.
7. Considero pois que, no que respeita aos “custos das cópias do processo” e às “marcas”, não se verificam os elementos da previsão normativa do disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei nº 35/2007, de 13 de Agosto. E face ao referido em matéria de “comissões de concurso”, com base no nº4



Tribunal de Contas

do agora citado artigo, propenderia para a concessão de visto com a recomendação de que, no futuro, deve a CMA proceder à nomeação dos júris para cada procedimento, nos termos do Código dos Contratos Públicos.

Tribunal de Contas, em 23/10/08

O Juiz Conselheiro

(João Figueiredo)



Tribunal de Contas

Acórdão n° 15/08 1ªS/PL

Proc. 868/09

Declaração de voto da Senhora Conselheira Helena Abreu Lopes

Voto a decisão por se ter verificado violação do disposto nos n.ºs. 5 e 6 do artigo 65º do DL n.º 59/99. No mais, acompanho a declaração de voto do Conselheiro Dr. João Figueiredo.