



ACÓRDÃO N.º 11/09 – MAR.10 -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 25/2008 (Processo de fiscalização prévia n.º 521/2008)

SUMÁRIO

1. O disposto nos n.ºs 2 e 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 é uma das formas de concretizar os princípios da transparência, publicidade, igualdade e concorrência aplicáveis à contratação pública, visando garantir o mais amplo acesso dos interessados aos elementos que servem de base ao concurso.

Os documentos que servem de base aos concursos de empreitada de obras públicas são ainda documentos administrativos, aos quais se aplica o disposto na Lei n.º 46/2007, que regula o acesso dos cidadãos a esses documentos.

2. Nos termos dos preceitos aplicáveis desses diplomas, o valor da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das *cópias* autenticadas dos documentos, deve incluir os custos das matérias-primas, de outros materiais directos consumidos, da mão-de-obra directa e de outros gastos gerais de fabrico gastos na produção dessas cópias, deve *ter em conta* o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente, devendo ainda o possível acréscimo de custo relativamente à reprodução simples de documentos estar justificado pelo serviço acrescentado prestado.
3. O valor em causa é uma taxa, enquanto contraprestação de uma utilidade prestada, em condições não mercantis, pela autarquia.

No caso, por força de lei especial, o valor desta taxa deve corresponder aos custos directos incorridos, nos termos acima referidos, sendo necessário fazer a respectiva demonstração.

4. O valor fixado pelo Município de Abrantes para o custo unitário das cópias, ainda que possa ter sido o correspondente aos efectivos custos incorridos, foi superior à média praticada no mercado e ao limite fixado no n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007.
5. Na parte relativa aos serviços prestados, a percentagem aplicada de 10% para “*custos administrativos*” não está suficiente e objectivamente justificada, em termos da sua correspondência com os custos efectivos.



Tribunal de Contas

6. Foram estabelecidas especificações técnicas discriminatórias, em violação do disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, afectando 0,77% do valor da empreitada. Nos itens afectados houve uma total falta de concorrência.
7. A autarquia justificou o incumprimento de recomendação anterior sobre a matéria como um mero lapso, uma vez que observou essa recomendação nos outros itens.
8. O incumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, no artigo 12.º da Lei n.º 46/2007, e nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, consubstancia ilegalidades susceptíveis de limitar a concorrência, daí podendo resultar, como consequência, um agravamento do resultado financeiro do contrato, com o que se acha constituído o fundamento de recusa de visto a que alude a alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
9. Embora, para os efeitos deste preceito legal, baste o simples perigo de que das ilegalidades constatadas possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro, os concretos valores em causa, uma provável rigidez da procura perante variações pouco significativas do custo do processo e o facto de se terem apresentado a concurso 14 concorrentes apontam para que o risco referido tenha sido diminuto.
10. As circunstâncias concretas do caso apontam também para que se devam considerar pertinentes as justificações do Município, no sentido de que deu acolhimento às anteriores recomendações deste Tribunal, alterando os procedimentos anteriores, e de que a parte não cumprida se deveu a mero lapso.
11. Considera-se, assim, que a utilização da faculdade referida no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC é adequada ao caso.

Lisboa, 10 de Março de 2009

Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 11/09 – MAR.10 -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 25/2008 (Processo de fiscalização prévia n.º 521/2008)

I. RELATÓRIO

- I.1.** Pelo Acórdão n.º 97/08 – 15.JUL- 1.ª S/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto ao **contrato de empreitada**, celebrado em 19 de Março de 2008, entre o **Município de Abrantes** e a empresa **Construções José Coutinho, S.A.**, para a **construção do “CIIDE- Centro de Inovação, Incubação e Desenvolvimento de Empresas”**, pelo valor de € 1.758.170,69, acrescido de IVA.
- I.2.** A recusa do visto, proferida ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do art.º 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹, fundamentou-se na violação do disposto:
- No artigo 62.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, dado a fixação do valor a pagar pelas peças concursais não ter sido feita exclusivamente com base no respectivo custo;
 - No artigo 65.º, n.ºs 5 e 6, do mesmo Decreto-Lei, dado o mapa de quantidades posto a concurso ter incluído referências a marcas comerciais.
- I.3.** O Acórdão em causa foi votado por maioria, tendo contado com uma declaração de vencido. Nesta declaração, um dos Juízes da Subsecção manifestou discordância relativamente à decisão de recusa de visto, considerando que:
- Na matéria relativa ao custo dos documentos do concurso, não houve violação de preceitos legais;

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



- Em termos de especificações técnicas, houve violação da letra da lei mas não houve susceptibilidade de alteração do resultado financeiro.

I.4. Inconformado com o Acórdão, veio dele interpor recurso o Município de Abrantes, pedindo a revogação do mesmo.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 10 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas. Nas conclusões das referidas alegações referiu-se:

“1 - O valor cobrado pelas cópias do processo do concurso foi calculado tendo em consideração o seu custo de produção, fazendo entrar no cálculo desse valor o custo dos bens utilizados e um encargo administrativo, correspondente ao trabalho dos funcionários envolvidos na preparação das cópias, o qual é também suportado pelo Município.

2 - Esta forma de cálculo do valor das cópias tem total cobertura na Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro, reguladora do regime jurídico das taxas municipais, que determina que o estudo económico-financeiro fundamentador do valor das taxas deve considerar os custos directos e indirectos, os encargos financeiros, as amortizações e os investimentos realizados e a realizar pela autarquia.

3 - O Município acatou as recomendações feitas pelo Tribunal sobre esta matéria nos Acórdãos n.ºs 11/06 e 44/06, tendo deixado há muito de fixar o valor dos processos segundo o valor base do concurso.

4 - A omissão da menção "tipo" ou "ou equivalente" verificou-se apenas em duas das especificações do caderno de encargos, o que é facilmente entendido com um lapso.

5 - Essas duas especificações representam apenas 0,77% do valor da empreitada.

6 - Tendo a lei um valor normativo superior ao regulamento do concurso, de que o caderno de encargos é um elemento, todos os potenciais concorrentes sabiam – até por dever de ofício - que, ao abrigo do n.º 6 do art. 65º do Dec-Lei n.º 59/99, podiam apresentar produtos do tipo ou equivalentes aos referidos naquele documento concursal.

7 - Qualquer concorrente que fosse afastado do concurso, por apresentar produtos do tipo ou equivalentes aos previstos no caderno de encargos sem a referida menção, estaria protegido pela lei e poderia impugnar a decisão de exclusão e o próprio resultado do concurso.

8 - Nenhum concorrente ou potencial concorrente apresentou reclamação sobre o conteúdo do caderno de encargos, designadamente sobre a omissão da menção "tipo" ou "ou equivalente" em dois produtos nele mencionados.

9 - Os documentos deste concurso, estando subordinados à lei aplicável, que prevalece sobre eles, não prejudicaram o princípio da livre concorrência nem o resultado financeiro do contrato.

10 - A repetição do concurso de empreitada, caso o visto não for concedido,



Tribunal de Contas

acarretará graves prejuízos financeiros para o Município, não justificáveis face à irrelevância material dos factos em juízo e à ausência de efeitos jurídicos contra legem deles decorrentes.

11 - Concluindo, verificando-se que o Município modificou a forma de cálculo do preço dos documentos, dando satisfação a recomendação feita no passado sobre esta matéria, e que a omissão da menção "tipo" ou "ou equivalente" não foi de molde a alterar o resultado financeiro do contrato, o Tribunal pode conceder o visto, ao abrigo do n.º 4 do art. 44.º da Lei n.º 98/97."

I.5. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso e da manutenção da recusa do visto ao contrato, por entender que *“o recurso não apresenta fundamentos suficientemente válidos que justifiquem a revogação da douda Decisão recorrida”*.

O referido magistrado considerou que *“a tese do Recorrente, ao defender a aplicação do regime jurídico das taxas municipais (...) afigura-se-nos inteiramente inadequada, injustificada e desproporcional no caso das cópias das peças do concurso, que a autarquia tem interesse em divulgar o mais possível, porquanto os valores daí resultantes serão muito superiores aos praticados no comércio normal, como parece evidente.*

E tendo o Município recorrente sido oportunamente alertado e esclarecido quanto a este entendimento, também se não alcança justificação para a sua insistência em divergir dessa orientação.

O mesmo será de referir relativamente à questão das marcas, sabido que a proibição só admite a menção “ou equivalente” quando não seja possível formular uma descrição dos objectos de forma precisa e inteligível.

Note-se que para assegurar a livre concorrência, impõe-se salvaguardar o risco de serem estabelecidos, pela entidade adjudicante, elementos de selecção e classificação que possam dificultar, afastar ou favorecer as propostas dos concorrentes.”

I.6. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

I.7. São as seguintes as questões a resolver:

- 1) Se se verificou violação do disposto no artigo 62.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, na fixação do custo das cópias do processo de concurso;**
- 2) Se foi violado o disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65.º do mesmo Decreto-Lei, em matéria de especificações técnicas;**



- 3) Se as eventuais ilegalidades verificadas consubstanciam fundamento de recusa de visto, por envolverem a susceptibilidade de alteração do resultado financeiro, nos termos previstos na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;
- 4) Se se justifica o recurso à faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo 44.º, optando pela concessão de visto com recomendações.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. DOS FACTOS

O recorrente, no recurso, não contestou qualquer aspecto da factualidade relevante identificada na Decisão recorrida, nas alíneas A) a O) do seu ponto II, pelo que a mesma se dá aqui como confirmada e reproduzida.

II.2. DO VALOR ESTABELECIDO PARA O FORNECIMENTO DAS CÓPIAS DOS DOCUMENTOS CONCURSAIS.

a) Regime aplicável à fixação do valor a pagar pelas cópias dos processos de concurso de empreitadas de obras públicas

A recusa de visto fundamentou-se, como já se referiu, na violação do disposto no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

No entanto, o Acórdão recorrido invocou, na mesma matéria, também o disposto no artigo 12.º da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto², e o ponto 4.1.3. do POCAL³.

O recorrente, por sua vez, veio chamar à colação o estipulado na alínea c) do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro.

Importa, pois, começar por fixar o regime aplicável à definição do valor a pagar pelas cópias dos processos concursais, no âmbito das empreitadas de obras públicas.

- O Decreto-Lei n.º 59/99 estabelece o regime do contrato de empreitada de obras públicas.

² Lei que regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização, a qual transpôs, para a ordem jurídica nacional, a Directiva n.º 2003/98/CE, do Parlamento e do Conselho, de 17 de Novembro, relativa à reutilização de informações do sector público.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54-A/99, de 22 de Fevereiro, com as alterações constantes da Lei n.º 162/99, de 14 de Setembro, do Decreto-Lei n.º 315/2000, de 2 de Dezembro, do Decreto-Lei n.º 84-A/2002, de 12 de Abril e da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro.



Os n.ºs 2 e 4 do seu artigo 62.º dispõem que “o projecto, o caderno de encargos e o programa de concurso devem estar patentes nos serviços respectivos, para consulta dos interessados, desde o dia da publicação do anúncio até ao dia e hora do acto público do concurso” e 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 n.ºs 2 (...), as quais lhes deverão ser enviadas no prazo máximo de seis dias a contar da data de recepção do pedido.”

A contratação de empreitadas de obras públicas obedece aos princípios da transparência, publicidade, igualdade e concorrência definidos nos artigos 8.º, 9.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, por força do artigo 4.º do mesmo diploma. Estas normas impõem, designadamente, que “o critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partir daquela abertura”, que “na formação dos contratos públicos devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar”, e que “na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados”.

O disposto nos n.ºs 2 e 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 é uma forma de concretização desses princípios, visando, assim, garantir o mais amplo acesso dos interessados aos elementos que descrevem a obra a realizar, as condições a que a mesma deve obedecer e as regras do procedimento de escolha do adjudicatário, por forma a assegurar que se apresente ao procedimento o maior número possível de concorrentes e que seja disponibilizada toda a informação necessária para que esses concorrentes elaborem, em condições de igualdade, propostas sérias e adequadas.

Estabelece, pois, um direito de acesso aos documentos que não deve ser inviabilizado nem dificultado. Para esse efeito, prevê uma modalidade de consulta gratuita e outra de fornecimento de cópias autenticadas, a requerimento, e mediante um pagamento limitado ao respectivo custo, de acordo com um princípio de proporcionalidade.

- A Lei n.º 46/2007 regula o acesso dos cidadãos aos documentos administrativos, visando assegurar o direito estabelecido no n.º 2 do artigo 268.º da Constituição, de que os cidadãos têm direito de acesso aos arquivos e registos administrativos.

Nos termos dos seus artigos 3.º e 4.º, qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, electrónica ou outra forma material, na posse, designadamente, dos órgãos das autarquias locais ou detidos em seu nome, deve ser considerado como documento administrativo e está sujeito ao regime estabelecido.



Tribunal de Contas

Apenas estão excluídos do regime desta Lei a informação em matéria de ambiente, o regime do exercício do direito dos cidadãos a serem informados pela Administração sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados e o acesso aos documentos notariais, registrais, de identificação civil e criminal e depositados em arquivos históricos, aos quais se aplica legislação própria.

O regime de acesso estabelecido visa prevenir que se inviabilize, ou dificulte, o direito de acesso aos documentos da Administração, sendo enformado pelo princípio da proporcionalidade. Para esse efeito, prevê as modalidades de consulta gratuita e de fornecimento de cópias e certidões. As cópias e certidões são fornecidas, a requerimento, e mediante o pagamento de uma taxa, igualmente calculada em função dos custos.

É, então, necessário determinar se estamos perante regimes que se excluem ou que, antes, se complementam.

Ainda que se trate de assegurar direitos e interesses que, num caso são específicos e noutro são gerais, estamos em crer que o regimes devem ter-se por complementares, uma vez que têm em comum o objectivo de assegurar o mais amplo acesso aos documentos, evitando que a esse acesso sejam colocados obstáculos, e que estabelecem mecanismos equivalentes de acesso à informação, com obediência ao mesmo princípio de proporcionalidade.

Não existem, pois, razões para um regime diferenciado.

Acresce que os documentos que servem de base aos concursos de empreitada de obras públicas se enquadram na definição de documento administrativo sujeito ao disposto na Lei n.º 46/2007, não se encontrando dela excluídos.

Daqui decorre que seria possível que a Administração recebesse um pedido de acesso a esses documentos, por parte de um cidadão não interessado em concorrer a um concurso, ao abrigo da Lei n.º 46/2007, e outro pedido, de um interessado em concorrer, nos termos do Decreto-Lei n.º 59/99. Se entendêssemos que estávamos perante regimes diversos, a Administração teria de aplicar-lhes regras diferenciadas, nomeadamente quanto à fixação do valor a pagar pelas cópias a fornecer. Não nos parece que fosse uma solução razoável nem justificada.

Deste entendimento resulta que o critério estabelecido no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, quanto à fixação do valor a pagar pelas cópias a fornecer, se deve considerar corrigido e complementado pelo regime da Lei n.º 46/2007. Tal como resulta que essa compatibilização deve ser feita face às normas hoje consagradas no Código dos Contratos Públicos.

Do disposto nos dois diplomas em causa resulta, então, o seguinte regime:



Tribunal de Contas

- O n.º 2 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 e a alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 46/2007 estabelecem um princípio de consulta livre e gratuita dos documentos, efectuada nos serviços que os detêm;
- O n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 e os artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 46/2007 estipulam o fornecimento de cópias e/ou certidões desses documentos, quando requeridas, contra um pagamento.

Vejamos agora como deve calcular-se esse pagamento.

Um preço funciona como um mecanismo condicionador da procura e a lei da procura e da oferta mostra (como se referiu no Acórdão recorrido) que existe uma tendência para uma relação inversa entre o preço e a quantidade procurada.

Por isso, e para que o valor em causa não funcione como um obstáculo sério ao acesso aos documentos em referência, há que respeitar um princípio de proporcionalidade entre o interesse do requerente em dispor de cópia da informação relevante, o custo para a Administração do fornecimento dessa cópia e o benefício público daí resultante.

O critério dessa proporcionalidade foi, neste caso, definido pelo próprio legislador. O n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 é, neste âmbito, bastante claro: são fornecidas “cópias” “a preços de custo”. Isto significa que o preço fixado, nos termos da norma legal em causa, só pode, pois, corresponder ao custo *das cópias*.

Efectivamente, os documentos já produzidos são disponibilizados gratuitamente, nos termos do n.º 2 do referido artigo 62.º ou da alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 46/2007, pelo que os custos referidos só podem corresponder ao custo que, para a Administração, representa fornecer as respectivas cópias, e não mais do que isso. A epígrafe do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007 - “*Encargos de reprodução*” - é, também, bastante esclarecedora: está em causa tão só a compensação dos custos de reprodução dos documentos.

Confirma-se, assim, inteiramente o que se referiu no Acórdão n.º 15/2008-21.Out.2008 – 1.ª S/PL, “*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.*”

Sendo, então, certo que o custo que está em causa é o custo *das cópias* e não o custo dos documentos copiados, importa estabelecer como deve ser calculado esse custo.

- O artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2007 determina que a reprodução por fotocópia ou outro meio técnico está sujeita ao “*pagamento, pela pessoa que a solicitar, 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*



Tribunal de Contas

serviço prestado, sem que, porém, ultrapasse o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente”.

O custo das cópias corresponde, assim, ao valor dos encargos referidos, mas com um tecto máximo. Ou seja, mesmo que os custos sejam superiores, o preço não pode ultrapassar o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente.

Atente-se, no entanto, a que, tal como se refere no Parecer n.º 125/2007, de 16 de Maio de 2007, da Comissão de Acesso aos Documentos da Administração (CADA), também invocado pelo Acórdão recorrido, esta regra se aplica apenas à reprodução simples de documentos, e não ao fornecimento de cópias autenticadas ou certidões.

- Quanto à autenticação de fotocópias ou à passagem de certidões, a CADA refere que *“esse preço pode - e entendemos que deve - ser mais elevado do que o aplicável à reprodução simples, porque o valor do serviço prestado é maior. Contudo, como taxa que é, deve respeitar o princípio constitucional da proporcionalidade, que afasta o excesso não justificado objectivamente.”.*

A Comissão salienta que, ainda assim, e na linha do que afirma noutros pareceres, *“as taxas cobradas pela reprodução de documentos⁴ não podem ultrapassar significativa e injustificadamente, em violação do princípio da proporcionalidade, o custo dos materiais usados e do serviço prestado, sob pena de se inviabilizar, ou de dificultar, o direito de acesso”.*

De resto, o n.º 2 do artigo 12.º da mesma Lei, refere que na fixação das taxas a cobrar pelas reproduções e *certidões*, a Administração deve *“ter em conta”* o disposto no n.º 1. Ou seja, mesmo no caso das certidões deve atender-se ao valor médio praticado no mercado por serviço correspondente, o que se entende na perspectiva de que o acréscimo consentido deve derivar do serviço de certificação e não do custo dos materiais.

- No n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 prevê-se o fornecimento, a *preço de custo*, de cópias *autenticadas* das peças concursais.

O limite constante do n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007 não é, pois, directamente aplicável a este valor, devendo, ainda assim, ser *tido em conta* na sua fixação.

Referiu-se no Acórdão n.º 15/2008- 21.Out.2008 – 1.ª S/PL, na linha de inúmeros outros Acórdãos deste Tribunal⁵:

“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-

⁴ Incluindo os certificados.

⁵ Vd., a título de exemplo, os Acórdãos, proferidos em Subsecção da 1.ª Secção 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.



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) ”.

O cálculo do custo das cópias com referência aos elementos referidos no ponto 4.1.3. do POCAL é, pois, apto a garantir a proporcionalidade necessária à fixação do preço para o fornecimento de cópias autenticadas, de acordo com os princípios da Lei n.º 46/2007 e dos pareceres da CADA, embora se deva também *ter em conta* o valor médio praticado no mercado pelo serviço correspondente de reprodução, como acima referimos.

- Importa, agora, conjugar este regime com o disposto na Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro.

Neste âmbito, foi invocado nas alegações de recurso:

“ (...) Ora aqui está um caso em que a prática do Município recorrente, tendente à obtenção de receitas próprias, é contrariada – de forma que se nos afigura infundada – pelo Tribunal de Contas.

(...) o acórdão recorrido faz uma aplicação daquela norma do Dec-Lei n.º 59/99, à revelia do espírito da Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro, regulador do regime geral das taxas das autarquias locais.

A política legislativa que informou este diploma é, precisamente, a de levar os municípios a estabelecerem um verdadeiro sinalagma entre o valor das taxas que cobram e o custo de produção dos serviços que prestam. Esta relação entre o valor das taxas e o custo dos serviços – que, actualmente, só por acaso poderá existir – deve ser obtida com base no estudo económico-financeiro previsto na al. c) do n.º 2 do art. 8º daquela Lei, o qual deverá fundamentar o montante das taxas.

Ora, de acordo com essa norma, 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" (sic).

Deve, portanto, concluir-se que na composição do "preço de custo", referido na norma do n.º 4 do art.º 62º do Dec-Lei n.º 59/99, há que atender aos diferentes factores previstos na al. c) do n.º 2 do art. 8º da Lei n.º 53-E/2006.

(...) Tendo, sobretudo, em consideração a imposição resultante da citada norma da Lei n.º 53E/2006, o Município de Abrantes não cometeu qualquer ilegalidade ao incluir no preço de custo das cópias do processo do concurso uma parcela relativa a encargos administrativos. E mais fielmente teria aplicado essa Lei se tivesse feito repercutir no preço das cópias outros factores previstos na referida norma. (...)"

É certo que quando a Administração, e, neste caso, a autarquia, cobra um valor pelo fornecimento de cópias autenticadas de documentos que estão na sua posse, estamos perante uma receita pública sob a forma de taxa.



Trata-se de uma contraprestação de uma utilidade prestada pela autarquia, a qual não é fornecida em condições de mercado e, por isso, não deve ser qualificada como uma receita patrimonial.

Como já referia António de Sousa Franco, *in Finanças Públicas e Direito Financeiro*⁶, e resulta do regime consagrado na Lei n.º 53-E/2006, as taxas podem igualar, exceder ou não alcançar o custo do bem por que são cobradas.

Ora, na situação em causa estamos perante uma taxa cuja finalidade e natureza não é financiar a autarquia, regular a procura ou compensar um benefício auferido. Trata-se, como já vimos, e em obediência aos princípios da contratação pública, de uma situação em que claramente se pretende tão só compensar o que se gasta, e de uma forma tal que não interfira na procura do bem.

Por isso, não se deve utilizar o disposto na Lei n.º 53-E/2006 como critério de interpretação do n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 ou do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007, como se pretende, mas sim proceder de forma inversa.

Ou seja, quando a fixação de taxas a utilizar pelas autarquias diga respeito à reprodução de documentos administrativos, para efeitos de garantir o direito ao seu acesso, e, em particular, ao fornecimento de cópias de processos concursais, o estudo económico-financeiro que, nos termos da Lei n.º 53-E/2006, deve estar na origem do valor fixado só pode, por força das normas referidas do Decreto-Lei n.º 59/99 e da Lei n.º 46/2007 (ou diplomas equivalentes), ter em conta custos directos relativos à reprodução desses documentos e nunca custos relativos à preparação e elaboração dos documentos a fotocopiar ou outros factores, como investimentos realizados ou a realizar⁷.

Isto porque, de entre os factores referidos na alínea c) do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 53-E/2006, só podem considerar-se os consentidos pela legislação especial aplicável ao caso. De outra forma, o valor resultante seria significativamente empolado, frustrando-se o estabelecido na lei especial e o bem jurídico a realizar.

Em conclusão:

- O valor da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das *cópias* autenticadas dos correspondentes documentos;

⁶ Cfr. página 495.

⁷ O que, em abstracto, permitiria ter em conta o valor base do concurso.



- Esse custo inclui os custos das matérias-primas, de outros materiais directos consumidos, da mão-de-obra directa e de outros gastos gerais de fabrico gastos na produção dessas cópias;
- Na parte do custo relativo à reprodução simples deve *ter-se em conta* o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente;
- O possível acréscimo de custo relativamente à reprodução simples de documentos deve estar justificado pelo serviço acrescentado prestado.

b) Da legalidade da fixação do valor a pagar pelas cópias no caso concreto em análise

Conforme se referiu nas alíneas G) e H) do probatório constante do Acórdão de 1.^a instância, o valor fixado para a aquisição das cópias do processo concursal foi, no caso, de € 944,75, acrescido de IVA, tendo a autarquia junto um quadro através do qual pretendia demonstrar que esse valor correspondeu ao respectivo custo.

Do quadro constava o seguinte:

Descrição do Trabalho	Quantidade	Unitário (€)	Total (€)
N.º impressões A4 preto/cor	877	0,30	263,10
N.º impressões A3	28	0,50	14,00
Cópias grandes formatos (m2)	50,69	11,40	577,84
Pasta branca com molas 15 cm	1	1,75	1,75
Pasta branca com molas 12 cm	1	1,67	1,67
CD c/ cx. Gravável 80 min	1	0,50	0,50
Total parcelar			858,86
Custos administrativos 10%			85,89
TOTAL			944,75

Em face destes dados, considerou o Acórdão recorrido que “a Autarquia, na definição do custo de produção das cópias do processo, aplicou um preço superior ao do seu custo de produção e ainda lhe adicionou uma percentagem de 10%, relativa a “custos administrativos””.

Vejamos cada um destes aspectos.

b.1) Da análise do quadro acima transcrito, o qual não foi acompanhado de quaisquer explicações, parece poder concluir-se que a parte mais significativa do valor fixado foi calculada multiplicando o n.º de cópias por um valor unitário fixo (€ 0,30 para as impressões A4, € 0,50 para as impressões A3 e € 11,40 para o m² de cópias de grandes formatos).



Tribunal de Contas

Referimos já que a receita proveniente do fornecimento de cópias de documentos administrativos é uma taxa⁸.

O n.º 4 do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007, que já definimos como aplicável ao caso, determina que os órgãos e entidades referidas no seu artigo 4.º, em que se incluem as autarquias locais, “*devem afixar em lugar acessível ao público uma lista das taxas que cobram pelas reproduções e certidões dos documentos administrativos*”.

Por sua vez, o artigo 8.º da Lei n.º 53-E/2006 estipula que “*as taxas das autarquias locais são criadas por regulamento aprovado pelo órgão deliberativo respectivo*” e que esse regulamento deve indicar “*o valor ou a fórmula de cálculo do valor das taxas a cobrar*” e “*a fundamentação económico-financeira relativa ao valor das taxas*”, baseada, designadamente, nos respectivos custos.

Concluimos, assim, que o valor referido no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, sendo uma taxa, deve ser fixado de forma genérica e deve estar publicitado.

Deve, no entanto, formar-se com respeito pelas normas aplicáveis já acima invocadas e analisadas. Ou seja, deve corresponder a um custo padrão⁹ que tenha por base apenas o custo da utilização dos equipamentos, dos materiais usados e do serviço prestado, incluindo mão-de-obra directa.

Sucedo que, no caso, não foi esclarecido como foi aprovado o valor unitário utilizado nem foram detalhados quais os concretos custos considerados na fixação desse valor padrão, que serviu de factor de multiplicação ao número de cópias realizadas.

Ficou, assim, por demonstrar que o valor imputado à realização das cópias dos documentos corresponda ao seu custo, como exige a norma legal em referência.

No entanto, no processo de Recurso Ordinário n.º 30/2008, que corre termos neste Tribunal, e que é igualmente relativo a um contrato de empreitada celebrado pelo mesmo Município de Abrantes, consta que o valor aplicado resultava de um tarifário aprovado em 27 de Dezembro de 2001 e consta igualmente uma demonstração do apuramento de custos que sustentou a fixação daqueles custos unitários por cópia¹⁰.

A demonstração é a seguinte:

⁸ Isso mesmo é afirmado no citado Parecer 125/2007 da CADA.

⁹ Ou vários, em função das quantidades.

¹⁰ Vd. fls 181 do processo de fiscalização prévia n.º 864/2008.



“DEMONSTRAÇÃO DO APURAMENTO DE CUSTOS

Fotocópia A4		
	Folha A4	0,01 €
Toner		0,10 €
Amortização do equipamento		0,07€
Manutenção		0,11 €
Energia		0,01 €
	TOTAL	0,30€

Fotocópia A3		
	Folha A3	0,03 €
Toner		0,15 €
Amortização do equipamento		0,14 €
Manutenção		0,16 €
Energia		0,02 €
	TOTAL	0,50€

Cópia Grandes Formatos		
	Rolo / m2	0,16 €
Toner		0,90 €
Amortização do equipamento		3,99 €
Manutenção		6,20 €
Energia		0,15 €
	TOTAL	11,40 €

No mesmo processo, a autarquia aditou alguns considerandos como fundamentação da solução adoptada, esclarecendo que possui máquina de fotocópias, que fixou o preço das peças tendo em conta o respectivo custo de produção, e que esse custo é *“necessariamente superior ao praticado por um estabelecimento comercial”* que se dedique exclusivamente a essa actividade, em virtude dos superiores encargos salariais inerentes e da fraca intensidade do regime de utilização das suas máquinas fotocopadoras.

Já vimos que, estando em causa o fornecimento de cópias autenticadas, não se aplica directamente a regra constante do n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007,



que determina que o custo das cópias não ultrapasse o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente.

Mas também vimos que não pode negligenciar-se o disposto nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo. Neles se refere que a fixação das taxas a cobrar pelas reproduções e *certidões* dos documentos administrativos, feita pelo Governo e pelas Regiões Autónomas, deve ter em conta os custos e o valor médio praticado no mercado, e que as entidades com poder tributário autónomo não podem fixar taxas que ultrapassem em mais de 100% os valores fixados por aqueles Governos.

O Despacho n.º 8617/2002, publicado no *Diário da República*, II Série, de 29 de Abril de 2002, ao abrigo do disposto no artigo 3.º do Decreto-lei n.º 134/94, de 20 de Maio, fixa o custo da reprodução por fotocópia a suportar pelos cidadãos, nos termos do n.º 1 do referido artigo 12.º. A título de exemplo, o referido despacho fixa o custo da fotocópia da folha A4 entre € 0,02 e 0,04.

Ora, o valor fixado pelo Município de Abrantes relativamente ao custo de reprodução ultrapassa tanto o valor médio de mercado (como a própria autarquia refere) como o limite referido no n.º 3 do artigo 12.º em referência.

Como o parecer já mencionado da CADA refere, o fundamento para o custo acrescido das cópias autenticadas é o serviço de autenticação. Deve, pois, considerar-se que o acréscimo não deve decorrer do custo material de reprodução dos documentos.

Por outro lado, deve considerar-se o teor do Acórdão n.º 248/00, da 2.ª Secção, do Tribunal Constitucional. Nesse Acórdão afirma-se:

“Afigura-se, naturalmente, razoável que os encargos com a reprodução dos documentos pretendidos sejam suportados pelo respectivo requerente. Admite-se, até, a consagração, no exercício da liberdade de conformação legislativa, de algumas diferenciações de custos, quando as especificidades dos processos ou as finalidades dos documentos solicitados justifiquem tais desnivelamentos. No entanto, as soluções a consagrar não poderão afectar o equilíbrio interno do sistema requerido pelo princípio da proporcionalidade (...). Na verdade, não são admissíveis, na perspectiva da constitucionalidade, soluções acentuadamente discrepantes, para situações paralelas, desprovidas de fundamento objectivo e racional. Por outro lado, os condicionalismos impostos não podem também consubstanciar limitações que dada a sua onerosidade objectiva inviabilizem ou anulem o direito consagrado.”

No referido Acórdão, o Tribunal Constitucional compara os valores cobrados pela reprodução de documentos solicitados no exercício do direito à informação procedimental (excluída do disposto na Lei n.º 46/2007¹¹) com os custos de reprodução no âmbito do direito à informação não procedimental (regulada por

¹¹ Na altura, a Lei n.º 65/93, que veio a ser substituída por aquela.



esta Lei), concluindo que não deve verificar-se entre elas uma acentuada diferença de valores.

Devemos, pois, considerar que, por maioria de razão, não deve verificar-se essa diferença quanto ao custo material de reprodução das cópias no âmbito dos vários mecanismos previstos na própria Lei n.º 46/2009.

Conclui-se, assim, que o valor fixado pelo Município de Abrantes para o custo unitário das cópias, ainda que possa ter sido o correspondente aos efectivos custos incorridos, foi superior àquele que resultaria da aplicação correcta do regime legal de acesso aos documentos administrativos.

b.2) No caso *sub judice*, o Município fez ainda incorporar no valor cobrado uma percentagem de 10%, que designou por “*custos administrativos*”, e que, segundo veio referir nas alegações de recurso¹², “*representam um encargo suportado pelo Município com o tempo gasto pelos funcionários na elaboração de fotocópias, no corte e dobragem das folhas que, pela sua dimensão, o exigem, e na colocação 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 n.º 4 do artigo 62º do Dec-Lei 59/99, de 2 de Março*”.

Aceitando-se que os custos descritos sejam parte do custo do serviço prestado ou da mão-de-obra directa que pode nele ser considerada, há, no entanto, que observar que o Município de Abrantes não logrou demonstrar de que forma correspondem eles à percentagem aplicada.

O Acórdão n.º 248/00 do Tribunal Constitucional, já referenciado, admite como legítimo e constitucional que, no acesso à informação procedimental, se faça acrescer ao valor das reproduções efectivamente tiradas um valor pelo serviço requerido e prestado de passagem do documento reproduzido, sobretudo quando a quantidade de elementos é elevada. Isto desde que esse valor tenha um fundamento objectivo e racional e respeite o princípio da proporcionalidade.

Vimos já que, também no domínio da informação não procedimental, a Lei n.º 46/2007 admite que o valor cobrado pelas cópias inclua o do serviço prestado, e que, quando esteja em causa o fornecimento de cópias autenticadas, a própria CADA reconhece que o valor do serviço prestado é maior¹³. Mas esta Comissão também invoca que não se pode aceitar um excesso não justificado objectivamente.

¹² Cfr. fls. 3.

¹³ Estará, em causa, nomeadamente a verificação e certificação da conformidade das cópias com os documentos originais.



Como já se referiu no Acórdão n.º 15/2008- 21.Out.2008 – 1.ª S/PL, “*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.*”

Ainda que se admita que não estamos perante um valor manifestamente excessivo, a verdade é que ele não está objectivamente justificado, não tendo sido feita a demonstração de que os valores considerados correspondem, efectivamente, aos custos incorridos com os serviços gastos. Tal demonstração não foi feita, nem em 1.ª instância nem em sede de recurso.

Em conclusão:

A forma como a autarquia de Abrantes fixou o valor cobrado pelas cópias do processo concursal não assegura, na parte relativa aos custos de reprodução, a observância dos limites legais para esses custos e, na parte relativa aos serviços prestados, a sua correspondência com os custos efectivos.

Não foi, pois, observado o disposto no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, no ponto 4.1.3. do POCAL e no artigo 12.º da Lei n.º 46/2007.

II.3. DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS FEITAS.

O artigo 65º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, dispõe o seguinte:

“ (...)

- 5 - *Salvo em 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 proveniências determinada ou processos especiais que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas.*
- 6 - *É, designadamente, proibida a indicação de 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 recurso a especificação suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados.

(...)

Com estes normativos pretendeu o legislador, na linha do também estabelecido nas Directivas Comunitárias¹⁴, impedir que nos processos de contratação pública sejam estabelecidas especificações técnicas discriminatórias, e, por essa via, favorecidos ou desfavorecidos determinados operadores económicos ou determinados produtos, ofendendo-se o princípio da concorrência.

Conforme se referenciou nas alíneas I), J) e L) da matéria de facto fixada no Acórdão recorrido, em vários itens constantes do mapa de quantidades posto a concurso consta a exigência do fornecimento de materiais com uma marca específica.

Essa exigência é feita nos artigos incluídos no ponto 15 da parte relativa a “Instalações Eléctricas, Comunicações e Segurança”. Este ponto 15 respeita ao “Controlo de Acessos”, referindo-se, antes da discriminação dos equipamentos: “(Marca: APOLLO, da MUNDIALARME)”. Em alguns dos artigos incluídos no referido ponto 15 são mesmo explicitados os modelos pretendidos. No caso dos cabos em tubagem, incluídos no mesmo ponto 15, refere-se que os mesmos devem ser “da Belden”¹⁵.

O valor total dos bens afectados pelas exigências referidas é de € 13.590,83, representando 0,77% do valor da empreitada.

A fls. 6 das alegações de recurso, o município vem referir, a este respeito:

“Foi, com efeito, omitida a referida menção em duas (apenas em duas) referências constantes do caderno de encargos. Tendo sido feita a menção "tipo" ou "ou equivalente" em todos os demais artigos descritos no Mapa de Quantidades de Trabalho, a omissão verificada apenas em dois deles só pode ser interpretada como um lapso.

Como foi salientado pelo Município na resposta prestada ao Tribunal, "os mapas de quantidades de trabalhos fazem inúmeras referências a marcas de produtos e equipamentos a incorporar na obra, sempre acompanhadas das menções "Tipo" e/ou "Equivalente". Se em alguns reduzidos casos (dois), essas menções não foram efectuadas, tal 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 e corrigido estas anomalias.

No entanto, considerando o facto de apenas em dois artigos faltar essa menção, essa falta só pode ter sido entendida como um manifesto lapso por todos os interessados.

(...) Com efeito, essa omissão incidiu apenas em dois artigos, cujo valor representa apenas 0,77% do valor da empreitada.

¹⁴ Vd. artigo 10.º da Directiva n.º 93/37/CEE e artigo 23.º, n.º 8, da Directiva 2004/18/CE

¹⁵ Cfr. fls. 70 do processo de fiscalização prévia n.º 521/2008.



Por outro lado, a omissão verificada não é apta a alterar o resultado financeiro do contrato, uma vez que é a lei (n.º 6 do art.º 65º do D.L. n.º 59/99) que garante a possibilidade de apresentação de produtos do "tipo" ou "equivalente" dos indicados no caderno de encargos. Quer dizer, tendo a lei um valor normativo superior ao regulamento do concurso (de que o caderno de encargos é um elemento), a omissão verificada neste documento não prejudica a faculdade de qualquer concorrente apresentar, nos termos da lei, produtos do "tipo" ou "equivalentes" dos pedidos.

Na verdade, todos os potenciais concorrentes sabem – até por dever de ofício – que o Dec. Lei n.º 59/99 exige que os produtos referenciados no caderno de encargos sejam acompanhados da menção "tipo" ou "ou equivalente", pelo que a omissão dessa menção não tem a potencialidade de limitar o acesso ao concurso de 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 pela lei e poderia impugnar não só essa decisão como o próprio resultado do concurso, com fundamento em violação de lei. (...)”

Considerando as especificações feitas às marcas nos itens identificados, e precisamente por, ao contrário de outros, estes itens não conterem a referência “do tipo (...) ou equivalente”, afigura-se-nos que concorrente algum se sentiria à vontade para, naqueles itens, apresentar propostas de outras marcas ou modelos.

Considera-se, pois, que estamos perante o estabelecimento de especificações técnicas discriminatórias, em violação do disposto no artigo 65.º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 59/99.

Refira-se que a proibição da introdução de especificações técnicas discriminatórias nos documentos concursais não visa apenas a protecção directa dos interessados em concorrer ao concurso em causa, obviando a uma eventual restrição do concreto universo concorrencial.

Visa também garantir o funcionamento da concorrência relativamente aos itens afectados, de forma a propiciar a diversificação e optimização das propostas e, enquanto imperativo comunitário, pretende assegurar o princípio do mercado único de bens e serviços constante dos Tratados europeus.

II.4. DOS FUNDAMENTOS DE RECUSA DE VISTO E DO RECURSO À FACULDADE PREVISTA NO N.º 4 DO ARTIGO 44.º DA LOPTC.

Concluimos pelo incumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, no ponto 4.1.3. do POCAL, no artigo 12.º da Lei n.º 46/2007 e no artigo 65.º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 59/99.



Tribunal de Contas

A 1.^a Secção deste Tribunal tem inúmera jurisprudência sobre as ilegalidades relativas à fixação do custo das cópias dos processos de concurso e à introdução de especificações técnicas discriminatórias nas peças concursais.

Entre essa jurisprudência, contam-se os Acórdãos da 1.^a Secção deste Tribunal n.ºs 168/04, de 14 de Dezembro de 2004, 11/06, de 17 de Janeiro de 2006, e 46/06, de 7 de Fevereiro de 2006, os quais incidiram sobre contratos da Câmara Municipal de Abrantes, em que se suscitavam questões idênticas às agora abordadas.

Nos referidos Acórdãos, tal como no Acórdão recorrido, o Tribunal considerou que as ilegalidades praticadas eram susceptíveis de limitar a concorrência, daí podendo resultar, como consequência, um agravamento do resultado financeiro dos contratos, com o que se achava constituído o fundamento de recusa de visto a que alude a alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

No entanto, voltemos a analisar, de *per si*, as consequências de cada uma das ilegalidades verificadas.

a) Violação do disposto no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

No Acórdão recorrido concluiu-se que a forma como a autarquia fixou o custo das cópias do processo concursal propiciou o *empolamento* do respectivo preço, o que conduziu a uma *forte probabilidade* de o mesmo *ter desincentivado alguns potenciais concorrentes a apresentarem as respectivas candidaturas, assim se restringindo a concorrência*.

Neste âmbito, o recorrente vem alegar que “*o preço fixado pelo Município não impediu nenhum interessado de concorrer. Aliás, dos factos apurados no Acórdão em recurso não resulta qualquer indício de que assim não tenha sido, pelo que o Tribunal não tem fundamento para concluir que foram prejudicados os princípios da concorrência e do livre acesso ao mercado*”.

No Acórdão *sub judice* afirmava-se: “*Muito embora não resulte do processo que a violação do disposto nos artigos 62.º, n.º 4, (...) do DL n.º 59/99, de 2 de Março, tenha tido por consequência a alteração do resultado financeiro do contrato, não há dúvida de que os vícios verificados são susceptíveis de restringir o universo concorrencial e, por consequência, susceptíveis de alterar o referido resultado financeiro.*”

Efectivamente, como tem sido amiúde referido em inúmeros Acórdãos deste Tribunal, quando na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC se diz que constitui fundamento da recusa de visto a “*Ilegalidade que altere ou 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.

Mas, se é certo que o risco em causa existe, vários elementos apontam para que, em concreto, e no caso, essa possibilidade seja ténue.



Tribunal de Contas

No caso específico dos processos de contratação pública, e atenta a possibilidade de compensação do custo do processo pelos proveitos resultantes dos contratos, há uma provável rigidez da procura perante variações pouco significativas do preço.

No caso em apreço, os valores em dúvida parecem-nos efectivamente pouco significativos para esse efeito.

Por outro lado, como se referiu na alínea B) do ponto II do Acórdão de 1.ª instância, apresentaram-se a concurso 14 concorrentes, o que é sintomático de que o valor cobrado pelas peças concursais não terá funcionado como inibidor da apresentação de candidaturas.

Por outro lado, o Acórdão recorrido referiu que o Município de Abrantes havia sido já objecto de duas recomendações deste Tribunal, relativamente à matéria da fixação do custo das cópias do processo, através dos Acórdãos n.ºs 11/06 e 46/06.

Efectivamente, nos Acórdãos n.ºs 11/06 e 46/06, respectivamente de 17 de Janeiro e de 7 de Fevereiro de 2006, o Tribunal recomendou ao Município que, nos concursos de empreitadas de obras públicas, deveria ter em conta o disposto no n.º 4 do artigo 62.º do mesmo Decreto-Lei n.º 59/99.

Estas recomendações foram formuladas e comunicadas em data anterior à do lançamento do procedimento em apreciação neste recurso.

Referiu o Acórdão em recurso: *“Estamos, assim, no caso vertente, perante o cometimento de ilegalidades por parte do citado Município, que se traduzem numa situação de reiterado desacatamento de recomendações deste Tribunal, no que concerne às matérias acima indicadas.*

(...) Face ao reiterado desacatamento das recomendações deste Tribunal, atrás referidas, não se mostra reunido o condicionalismo que poderia permitir o uso da faculdade prevista no n.º4, do mencionado artigo 44º, da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto, e, em consequência, a concessão do visto ao presente contrato, com recomendações.”

A este respeito veio o recorrente alegar:

“Contrariamente ao que o Tribunal concluiu, o Município recorrente tem acatado as recomendações do Tribunal e, em especial, acatou as recomendações feitas nos Acórdãos n.º 11/06, de 17 de Janeiro, e n.º 46/06, de 7 de Fevereiro, quanto ao preço das cópias dos processos de concursos. Não tem rigor, e enferma de manifesto exagero, a conclusão do Tribunal de que houve "reiterado desacatamento das recomendações deste Tribunal" nesta matéria

Com efeito, como foi transmitido ao Tribunal de Contas através do ofício n.º 18906, de 30 de Novembro de 2005, em resposta aos esclarecimentos solicitados pelo Tribunal no processo findo com o Acórdão n.º 11/2006, o Município alterou a base de fixação do preço das cópias dos processos, o qual assentava no valor base do concurso.

O Município recorrente tomou conhecimento das recomendações feitas nesse sentido no Acórdão n.º 11/06 quando o contrato que deu origem ao Acórdão n.º



Tribunal de Contas

46/06 já se encontrava no Tribunal de Contas para visto. Após ter tomado conhecimento do teor das referidas recomendações, o Município alterou a forma de cálculo do preço, observando escrupulosamente as recomendações do Tribunal.

O Tribunal concluiu - com o devido respeito, erradamente - que a forma actual de fixação, do preço das cópias não é legal. Mas isto não permite concluir que as recomendações sobre a necessidade de alterar a forma antigamente usada não foram respeitadas. A forma de cálculo do preço foi efectivamente alterada, como o Tribunal recomendou. Deixou de ter por base o valor base do concurso, para ser calculada nos termos referidos na al. H) da matéria de facto.

O facto de ter havido observância pelas recomendações feitas nos Acórdãos n.º 11/06 e n.º 46/06 deveria ter levado o Tribunal a aplicar a norma do n.º 4 do art. 44º da Lei n.º 98/97, concedendo o visto ao contrato, com eventuais recomendações (cujo objecto não seria o mesmo das anteriores).“

Compulsados os Acórdãos em referência e os processos de fiscalização prévia em que foram proferidos, confirma-se que o que foi neles censurado pelo Tribunal foi a circunstância de o valor então fixado para o processo concursal ser referenciado ao preço base da empreitada, o que foi considerado arbitrário e sem nenhuma conexão com o custo referido no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

No procedimento agora adoptado pela autarquia, o que se constata é a fixação do valor por referência a custos incorridos, embora se coloquem dúvidas sobre a elegibilidade e justificação desses custos.

Considera-se, pois, pertinente a justificação do Município, no sentido de que deu acolhimento às anteriores recomendações deste Tribunal, alterando os procedimentos anteriores.

Relativamente ao custo do processo, deve, então, concluir-se que, não obstante a verificada inobservância da lei, o risco de que da mesma tenha resultado a alteração do universo concorrencial e do resultado financeiro é diminuto.

Mais se deve concluir que não existiu, em rigor, desatamento de recomendações anteriores.

Assim, não se verificam, nesta parte, os fundamentos invocados pelo Acórdão recorrido para a não utilização da faculdade referida no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

b) Violação do disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

No Acórdão recorrido considerou-se que o vício verificado pela violação das normas referidas em matéria de especificações técnicas era susceptível de restringir o universo concorrencial e, por consequência, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.



Tribunal de Contas

O recorrente veio invocar que o facto de faltar a menção do “tipo e/ou equivalente” na indicação de marcas nos artigos acima identificados do mapa de quantidades de trabalho “*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 em dois artigos, cujo valor representa apenas 0,77% do valor da empreitada.

(...) Tendo a lei um valor normativo superior ao regulamento do concurso, de que o caderno de encargos é um elemento, todos os potenciais concorrentes sabiam – até por dever de ofício - que, ao abrigo do n.º 6 do art. 65º do Dec-Lei n.º 59/99, podiam apresentar produtos do tipo ou equivalentes aos referidos naquele documento concursal.

Qualquer concorrente que fosse afastado do concurso, por apresentar produtos do tipo ou equivalentes aos previstos no caderno de encargos sem a referida menção, estaria protegido pela lei e poderia impugnar a decisão de exclusão e o próprio resultado do concurso.

Nenhum concorrente ou potencial concorrente apresentou reclamação sobre o conteúdo do caderno de encargos, designadamente sobre a omissão da menção "tipo" ou "ou equivalente" em dois produtos nele mencionados.

Os documentos deste concurso, estando subordinados à lei aplicável, que prevalece sobre eles, não prejudicaram o princípio da livre concorrência nem o resultado financeiro do contrato. (...)”

Também nesta matéria, o Acórdão recorrido invocou o facto de o Município de Abrantes haver sido anteriormente destinatário de uma recomendação, sobre a matéria da inclusão de marcas desacompanhadas da menção “tipo” ou “equivalente”, pelo Acórdão n.º 168/04, de 14 de Dezembro de 2004, da 1.ª Secção deste Tribunal.

Nesse Acórdão, o Tribunal recomendou ao Município de Abrantes que observasse o rigoroso cumprimento do disposto no n.º 6 do art.º 65.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Tal Acórdão foi proferido e comunicado à autarquia em data anterior à do lançamento do concurso em apreciação, não tendo a recomendação nele atempadamente formulada sido devidamente acatada.

A este respeito referiu o Município no ofício n.º 09693, de 7 de Julho de 2008, a fls. 193 do processo de 1.ª instância, em excerto transcrito na alínea M) do probatório do Acórdão recorrido:

“Por lapso, na descrição dos artigos do Mapa de Quantidades de Trabalho não foi indicado “do tipo” ou “ou equivalente”. Todavia, foi sempre intenção aceitar qualquer alternativa de marcas equivalentes existentes no mercado.

Como facilmente se pode constatar, os mapas de quantidades de trabalhos fazem inúmeras referências a marcas de produtos e equipamentos a incorporar na obra,



sempre acompanhadas das menções “Tipo” e/ou “Equivalente”. Se em alguns reduzidos casos (dois), essas menções não foram efectuadas, tal 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 e corrigido estas anomalias.

(...) De resto, o lapso está referenciado a produtos de valor ínfimo em face do montante global da empreitada, desprovidos de proporcionar efectivas influências em eventual distorção de concorrência.

Anota-se ainda que, por esta razão, mesmo que (o que só por mera hipótese se aceita) se pretendesse produto de determinada marca e não outra, o valor do produto desta outra possível marca nunca conseguiria determinar uma alteração do valor da empreitada, susceptível de alterar o resultado do concurso.

(...) Por fim, refere-se que reiteradamente tem o Município de Abrantes vindo a melhorar os seus procedimentos, o que se tem consubstanciado em diversos documentos, designadamente o Manual de procedimentos de Empreitadas, acolhendo e incorporando diversas orientações e sugestões desse Tribunal.”

Mais refere o recorrente, nas suas alegações de recurso:

“(...) A omissão da menção “tipo ou equivalente” verificou-se apenas em duas das especificações do caderno de encargos, o que é facilmente entendido como um lapso.

Essas duas especificações representam apenas 0,77% do valor da empreitada.

(...) A repetição do concurso de empreitada, caso o visto não for concedido, acarretará graves prejuízos financeiros para o Município, não justificáveis face à irrelevância material dos factos em juízo e à ausência de efeitos jurídicos contra legem deles decorrentes.

Concluindo, verificando-se que (...) a omissão da menção “tipo ou equivalente” não foi de molde a alterar o resultado financeiro do contrato, o Tribunal pode conceder o visto, ao abrigo do n.º 4 do art. 44.º da Lei n.º 98/97.”

A este respeito, importa repetir que, quando na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC se diz que constitui fundamento da recusa de visto a “*Ilegalidade que altere ou 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.

E importa também voltar a referir que a proibição da introdução de especificações técnicas discriminatórias nos documentos concursais não visa apenas a protecção directa dos interessados em concorrer ao concurso em causa, obviando a uma eventual restrição do concreto universo concorrencial, mas visa também garantir o funcionamento da concorrência relativamente aos itens afectados, de forma a propiciar a diversificação e optimização das propostas e, enquanto imperativo comunitário, assegurar o princípio do mercado único de bens e serviços constante dos Tratados europeus.



Tribunal de Contas

Atente-se em que, não obstante o facto de ao concurso se terem apresentado 14 concorrentes, todos eles terão proposto o equipamento das marcas especificadas, o que, na realidade, correspondeu à total falta de concorrência relativamente a esses itens e aos respectivos custos.

Não pode, pois, aceitar-se o argumento de que, a serem outros os equipamentos propostos e os respectivos preços, o resultado financeiro da adjudicação não sofreria modificação.

Reconhece-se, no entanto, que deve atender-se, nas concretas circunstâncias do caso, à invocação de que a ilegalidade verificada e o não cumprimento da recomendação anteriormente formulada se deveram a um mero lapso.

Como deve atender-se a que, face ao valor relativo dos itens em causa em relação com o montante da adjudicação, a ilegalidade apresenta, em concreto, uma relevância material diminuta.

Daí decorre que, também nesta matéria, se considera adequado recorrer, mais uma vez, à faculdade atribuída a este Tribunal pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, confiando que a situação não voltará a verificar-se em futuros procedimentos.



III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em conceder provimento parcial ao recurso, revogando a recusa do visto ao contrato em questão e concedendo-lhe o visto com recomendações, nos termos conjugados da alínea c) do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

Recomenda-se ao Município de Abrantes que, em processos e procedimentos futuros:

- 1- Estabeleça o valor a cobrar pelas peças concursais em cumprimento do disposto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 18/2008 ou do artigo 133.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo mesmo Decreto-Lei, tendo em conta o disposto nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007, e com explicitação clara dos custos efectivamente incorridos e imputados.
- 2- Observe, estrita e rigorosamente, o disposto nos n.ºs 12 e 13 do artigo 49.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, assegurando a necessária revisão dos documentos concursais, sejam eles preparados pelos serviços municipais ou por elementos externos ao Município.

São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º, por força do n.º 3 do artº 17º, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 10 de Março de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(José Luís Pinto Almeida)

(Carlos Morais Antunes)



Tribunal de Contas

(Jorge Leal)