



ACÓRDÃO N.º 62/2008 - 06.Mai.2008 - 1ªS/SS

(Processo n.º 340/2008)

SUMÁRIO:

1. A aplicação da Tabela de Taxas e Licenças em vigor no município na definição de custo de produção das cópias do processo viola o disposto no art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que estipula que o preço das cópias é, apenas, o seu preço de custo, o que não inclui o custo inerente a factores exteriores à sua produção, designadamente, o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar (cfr. ponto 4.1.3. do POCAL, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54-A/99, de 22 de Fevereiro).
2. A referência a marcas comerciais sem que estas se mostrem acompanhadas das expressões “tipo” ou “equivalente”, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recurso as especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados, viola o disposto no art.º 65.º, n.ºs 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
3. As ilegalidades referidas são susceptíveis de restringir o universo concorrencial e, por consequência, de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da recusa do visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art. 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.
4. Embora não resulte dos autos que da violação dos preceitos legais citados tenha ocorrido uma efectiva alteração do resultado financeiro do contrato, a entidade adjudicante já foi objecto de recomendações



Tribunal de Contas

anteriores relativas aos normativos em causa, pelo que é de recusar o visto ao presente contrato.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Transitado em julgado em 27/05/08

ACORDÃO Nº 62 /08 – 06.MAI.08 – 1ªS/SS

Processo nº 340/08

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção:

I – RELATÓRIO

O Município da Covilhã remeteu, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada celebrado em 04 de Março de 2008 com a empresa “**Sociedade de Construções José Coutinho, SA.**”, pelo valor de 749.604,14 €, acrescido de IVA, tendo por objecto a “Empreitada de Construção do Centro de Dia, Junta de Freguesia, Posto Médico, Equipamento Desportivo e de Lazer, na Zona Confinante à Ribeira da Várzea – Canhoso”.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:



Tribunal de Contas

- A) O contrato em apreço foi precedido de concurso público cujo aviso de abertura foi publicado no *Diário da República*, II Série, de 19 de Setembro de 2007, e nas publicações a que se refere o nº1 do artigo 52º do DL nº 59/99, de 2 de Março;
- B) Ao concurso apresentaram-se 5 concorrentes, que foram admitidos;
- C) O prazo de execução da obra é de 138 dias, após o auto de consignação;
- D) O auto de consignação ocorreu em 17 de Março de 2008;
- E) A empreitada é por preço global;
- F) A obra foi adjudicada por deliberação da Câmara Municipal da Covilhã, de 18-01-2008;
- G) O preço de aquisição das cópias do processo, pelos concorrentes, foi fixado em € 577,60 acrescido de IVA, conforme mencionado no ponto IV.3.2) do Anúncio do Concurso;
- H) Questionada a Autarquia sobre se o preço das cópias do processo corresponde ao preço do seu custo, conforme dispõe o artigo 62º, nº4, do DL nº 59/99 de 2 de Março, veio a mesma a responder, em síntese, o seguinte:

“... O preço de custo de aquisição do processo do concurso é feito conforme o estipulado no nº12 da tabela de taxas, licenças e serviços do Município da Covilhã (junta-se cópia).

Mais se informa que aquando da recepção do acórdão nº 34/08 – 04.MAR.08 – 1ª S/SS, do douto Tribunal, relativo aos custos de cópias de processos de concursos (acórdão este que foi enviado aos serviços para análise), já estavam em instrução diversos processos de concursos, que, pelos valores serão sujeitos a visto, a saber: “construção das escadinhas de Santo André”, “construção da ponte pedonal por cima da Ribeira da Carpinteira – acesso ao Bairro dos Penedos Altos”, “fornecimento e aplicação do elevador das escadas de Santo



André”, “requalificação urbana do Largo de Portugal, Rua João de Deus, Rua Direita, Rua Filomena Alves Ribeiro e Rua Nuno Álvares, no Teixoso” e “requalificação urbana da Rua Marquês D’Ávila e Bolama e Rua da Fábrica Velha, Covilhã”.

- I)** O mapa de quantidades posto a concurso contém referências a marcas comerciais, sem a menção “tipo” ou “ou equivalente”;
- J)** As marcas não acompanhadas da referida expressão, constam do Capítulo 24 (pontos 24.4 e 24.4.2.) e do Capítulo 28 (pontos 28.3 e 28.6), do mapa de quantidades, e são as seguintes:

Capítulo 24 – Infra-estruturas Eléctricas – Armaduras

24.4 e 24.4.2 – Diversas armaduras da marca “Clímax” e “Optilux” - € 25.139,42.

Capítulo 28 – Detecção de Intrusão

28.3 e 28.6 – Sistema de alarme contra roubo/intrusão da “Texcom” - € 2.041,20.

- L)** O valor total dos bens a que se refere a alínea anterior, é de € 27.180,62 e corresponde a 3,63% do valor da empreitada;

- M)** Por se ter entendido que a omissão a que se referem as alíneas **I)** e **J)**, violava o disposto nos nºs 5 e 6 do artigo 65º do D.L. nº 59/99, de 2 de Março, foi o Município da Covilhã confrontado com tal questão, tendo este dito o seguinte:

“... Na situação concreta da parte das infra-estruturas eléctricas – armaduras – foram escolhidas armaduras de determinadas marcas, uma vez que só elas poderiam garantir a conjugação dos factores técnicos e estéticos para o resultado final desejado na obra em questão.

Tendo em consideração que, na obra a introdução de elementos novos pode distorcer a intenção projectada, as armaduras propostas a concurso são exclusivas das marcas não havendo no mercado outras iguais tendo em consideração a relação técnica e estética.

Mais se informa que alguns materiais e equipamentos, embora no mapa de trabalhos não se faça referência ao “tipo” ou “equivalente”, estas designações estão mencionadas no caderno de



encargos nas cláusulas técnicas gerais e específicas, relativas aos artigos do mapa de trabalhos”.

N) Solicitado parecer técnico de engenharia, a engenheiro civil, auditor na UAT, deste Tribunal, conclui-se aí:

“... Tecnicamente, considera-se que não assiste razão aos serviços, uma vez que, em qualquer caso, o Mapa de Quantidades, desde que correctamente elaborado (o que não é, manifestamente, o caso) deveria conter, sempre, as expressões “tipo” e “equivalente” como salvaguarda da livre concorrência, ainda que os serviços, através da sua Fiscalização, possam optar/exigir, após a necessária e conveniente escolha, pela solução que entenda. Compreende-se a frequência, por razões estéticas e técnicas por determinada marca, mas nada pode impedir a consideração de hipóteses alternativas, sejam elas, outra marca (qual a garantia absoluta de que não existem outras?) ou, até, produtos de composição múltipla. Finalmente a referência ao C. E. não colhe uma vez que o Mapa de Quantidades prevalece, neste tipo de matérias relativamente ao C. E. (cfr. Portaria 104/2001 de 21/2”.

O) Por virtude de existir referência a marcas, no Mapa de Quantidades, no processo de concurso relativo a um contrato de empreitada celebrado pelo Município da Covilhã, foi este município objecto de uma recomendação, através do Acórdão da 1ª Secção deste Tribunal nº 95/04, de 08-06-2004;

P) Por motivo semelhante ao referido na alínea anterior, foi o Município da Covilhã objecto de uma recusa de visto, a um outro contrato de empreitada, pelo Acórdão nº 220/06, de 04-07-2006, proferido no processo nº 871/06, acórdão este de que foi interposto recurso pelo Município da Covilhã, mas que veio a ser confirmado pelo Acórdão nº 61/2006, de 21-12-2006, do plenário da 1ª Secção deste Tribunal, proferido no Recurso Ordinário nº 35/06.

III – O DIREITO



Tribunal de Contas

1. Dispõe o artigo 62º, nº4, do DL nº 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 ¹ devidamente autenticadas dos elementos referidos nos nºs 2 e 5, as quais lhes deverão ser enviadas no prazo máximo de seis dias a contar da data de recepção do pedido.*

Deste normativo, logo resulta que o preço das cópias a fornecer aos interessados é, apenas, o seu preço de custo, não se incluindo aqui factores exteriores à sua produção, designadamente, o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar.

Assim, seguro é que o preço das citadas cópias apenas poderá integrar um somatório onde se incluem o custo dos materiais usados na sua produção, o custo da utilização dos equipamentos necessários a tal produção e, ainda, o custo do serviço prestado, sendo que tal preço não deve ultrapassar o valor médio praticado pelo mercado, relativamente a esse serviço.

Este é, aliás, o regime que resulta da Lei nº 46/2007 de 24 de Agosto, ² designadamente do seu artigo 12º.

Efectivamente, de acordo com este normativo, - que tem por epígrafe “*Encargos de reprodução*” - a reprodução de documentos, por fotocópia, ou por qualquer outro meio técnico, faz-se num exemplar sujeito a pagamento da taxa fixada, a qual 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.

Por outro lado, é de referir que, em sentido semelhante, se pronunciou, igualmente, a Comissão de Acesso aos Documentos da Administração (CADA) no Parecer nº 125/2007, de 16 de Maio de 2007, no Processo nº 125/2007, ao salientar 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, sob pena de se inviabilizar, ou de dificultar, o direito de acesso aos documentos da Administração.

¹ De referir que as cópias referidas no artigo 62º, nº4 do DL nº 59/99 de 2 de Março, respeitam ao projecto, ao caderno de encargos e ao programa do concurso.

² Trata-se da Lei que regula o **acesso aos documentos administrativos e à sua reutilização** e que transpôs, para a ordem jurídica nacional, a Directiva nº 2003/98/CE, do Parlamento e do Conselho, de 17 de Novembro, relativa à reutilização de informações do sector público.



Tribunal de Contas

Aliás, é neste sentido que, também, se orienta o ponto 4. 1. 3 do Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (POCAL) aprovado pelo DL n° 54-A/99 de 22 de Fevereiro, ³ 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.

2. No caso *sub judice*, e como se vê da alínea H) do probatório, a Autarquia, na definição do custo de produção das cópias do processo, aplicou a Tabela de Taxas e Licenças em vigor no Município.

Com esta actuação, violou a Autarquia o disposto no artigo 62º, nº4, do DL nº55/99 de 2 de Março.

Efectivamente, ao aplicar, na definição do preço do custo das cópias, o critério atrás indicado, e não o critério do custo de produção das mesmas, a Autarquia está a propiciar o empolamento desse preço.

Equivale isto a dizer que o preço das cópias, com a adopção desse critério, pode ser mais elevado do que aquele a que se chegaria caso, naquele preço, se incorporasse apenas o custo de produção constituído, como vimos, pela soma dos custos das matérias primas e outros materiais consumidos, da mão de obra directa e de outros gastos gerais de fabrico.

Por outro lado, segundo se extrai das regras do mercado, quanto maior for o número de cópias a produzir, menor é o seu custo unitário.

Aliás, resulta, também, das regras do mercado que quanto mais elevado for o preço de aquisição de um bem, muito provavelmente, menor será o universo de pessoas ou entidades interessadas em o adquirir.

Nesta conformidade, e transpondo esta situação para o caso que nos ocupa, poderá dizer-se, *mutatis mutandis*, que quanto mais levado for o preço das cópias das peças concursais, muito provavelmente, menor será o número de interessados a concorrer.

³ O DL n° 54-A/99 de 22 de Fevereiro sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n° 162/99 de 14 de Setembro, pelos DL n°s 315/2000 de 2 de Dezembro e 84-A/2002 de 5 de Abril e pela Lei n° 60-A/2005 de 30-12.



Tribunal de Contas

Assim, pode concluir-se que, no caso vertente, existiu uma forte probabilidade de o preço de custo das cópias, fixado pela Autarquia, ter desincentivado alguns potenciais concorrentes a apresentarem as respectivas candidaturas, assim se restringindo a concorrência.

3. Vejamos, de seguida, as consequências decorrentes da violação do disposto no artigo 62º, nº4, do citado DL nº 59/99.

A ilegalidade cometida poderá ser geradora de nulidade ou de mera anulabilidade, sendo que o visto apenas poderá ser recusado, na hipótese em apreço, com fundamento em *nulidade*, atento o disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº98/97 de 26 de Agosto.

Ora, não estamos, seguramente, perante um caso de nulidade:

Efectivamente, o vício atrás mencionado não se encontra previsto no artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), dispositivo este que se refere aos actos administrativos feridos de nulidade.

Efectivamente, nem se encontra incluído no elenco dos actos indicados no nº2 daquele normativo, nem, por outro lado, existe qualquer norma que, para tal vício, comine expressamente tal forma de invalidade dos actos administrativos (vide o nº1, do mesmo artigo 133º do CPA).

Por outro lado, o acto de adjudicação da empreitada contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se como “elementos essenciais” os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torna inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação (vide o nº1, 1ª parte, do citado artigo 133º do CPA).⁴

Não sendo a ilegalidade verificada, geradora de nulidade, só pode a mesma conformar mera anulabilidade, o que afasta o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea a), do nº3, do artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

4. Por outro lado, como, relativamente à ilegalidade supra mencionada, não estão em causa encargos sem cabimento em verba orçamental própria, nem

⁴ Neste sentido, v. g., os Acórdãos nºs 30/05, de 15-11-2005, 27/07, de 13-2-2007 e 108/07, de 24-7-2007, da 1ª Secção, em subsecção, deste Tribunal.



Tribunal de Contas

violação directa de norma financeira, afastado está, também, o fundamento de recusa de visto mencionado na alínea b) do citado normativo, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

5. Importa, então, cuidar de saber se a ilegalidade atrás referida preenche o fundamento de recusa de visto indicado na alínea c) do nº3, do citado artigo 44º da Lei nº 98/97.

A resposta a esta questão só pode ser positiva:

De acordo com o artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto, a ocorrência de uma ilegalidade que altere ou *possa alterar* o resultado financeiro do contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Muito embora não resulte do processo que a violação do disposto no artigo 62º, nº4, do DL nº 59/99 de 2 de Março, tenha alterado o resultado financeiro do contrato, não há dúvida de que o vício verificado é susceptível de restringir o universo concorrencial e, por consequência, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.

5. 1. O Município da Covilhã foi objecto de uma recomendação, sobre esta matéria, pelo Acórdão nº 34/08, de 04-03-2008, da 1ª Secção, deste Tribunal.

Tal Acórdão é, todavia, posterior à abertura do procedimento relativo ao presente concurso.

Por este motivo não se coloca, aqui, a questão do eventual não acatamento da recomendação constante do citado Acórdão nº34/08.

No caso em apreço, por outro lado, não está adquirida a ocorrência de uma efectiva alteração do resultado financeiro do contrato, pelo que, tendo em conta que não consta do processo que a entidade adjudicante, para além do citado Acórdão nº 34/08, tenha sido objecto de anterior recomendação relativa ao aludido normativo, afigura-se-nos que, neste aspecto, estará reunido o condicionalismo que permite o uso da faculdade prevista no nº4, do dito artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.



6. Vejamos, de seguida, a questão da inclusão de marcas comerciais no Mapa de Quantidades, sem a menção “tipo” ou “ou equivalente”.

Determina o artigo 65º, nºs 5 e 6 do DL nº 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”* (nº5), 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”* (nº6).

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

Ora, resulta da matéria de facto dada por assente que, nos pontos acima indicados do Mapa de Quantidades, constam referências a marcas comerciais sem que estas se mostrem acompanhadas das expressões “tipo” ou “equivalente”.

Por outro lado, e como resulta do disposto no nº 7, do artigo 65º do citado DL nº 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 indicativa.⁵

Ora, se a lei quis proibir que, com a utilização abusiva de “especificações técnicas”, no caderno de encargos, se viole a concorrência, por maioria de razão há-de proibir a indicação de marcas comerciais ou industriais em qualquer peça concursal.⁶

⁵ Vide Acórdãos da 1ª Secção, em Plenário, deste Tribunal, de 21-12-2006, in Rec. Ordº nº 36/06; de 12-6-2007, in Rec. Ordº nº 9/07 e de 12-6-2007, em Subsecção, in Proc. nº 430/2007.

⁶ Vide os acórdãos referidos na nota anterior.



Entende-se, por isso, que a proibição a que se reportam os n.ºs 5 e 6 do artigo 65 do citado diploma legal, se deve entender como extensiva a qualquer peça processual.

Verifica-se, assim, a violação dos mencionados preceitos legais.

6. 1. Vejamos, agora, as consequências decorrentes da violação dos citados normativos, no acto de adjudicação e consequente contrato.

A ilegalidade constatada não é geradora de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º, da Lei 98/97), porquanto:

- O vício supra identificado não está previsto no n.º 2 do artigo 133.º do CPA;
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1 do artigo 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 artigo 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA)⁷.

Não sendo tal ilegalidade geradora de nulidade, **só pode a mesma ser geradora de anulabilidade** (vide artigo 135.º do CPA).

Afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44º da Lei 98/97, e tendo nós dado por assente que a violação de lei ocorrida é geradora de anulabilidade, importa, agora, analisar se a situação em análise é enquadrável no disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo normativo.

Afigura-se-nos que a resposta só pode ser positiva.

6. 2. De acordo com o disposto no artigo 44º, nº3, alínea c), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto a um contrato,

⁷ Vide, entre outros, o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 30/05-15NOV-1.ª S/PL, bem como a doutrina e jurisprudência aí referidas.



Tribunal de Contas

uma “ilegalidade que altere ou *possa alterar* ⁸ o respectivo resultado financeiro”.

Como resulta da própria redacção do preceito, pretende o legislador significar que **basta o simples perigo ou risco** de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro, para que se tenha por verificado o fundamento de recusa de visto, aí estabelecido.

Muito embora não resulte dos autos que da violação daqueles preceitos tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, não há dúvida de que **aquele vício é susceptível de restringir o universo concorrencial** e, conseqüentemente, susceptível de alterar aquele resultado.

Por outro lado, a indicação de marcas sem a menção “tipo” ou “ou equivalente”, bem como a referência, aqui expressamente feita, de que o que se encontra estatuído nos n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2 de Março, vale para todas as peças do procedimento concursal, significa que a proibição constante destes normativos vale também para o Mapa de Quantidades.

Ora, o Município da Covilhã, sobre a matéria das marcas comerciais, além de já ter sido objecto de uma recomendação, em 2004, ⁹ também viu já recusado o visto a um outro contrato de empreitada, pelo Acórdão n.º 220/06, de 4 de Julho de 2006, acórdão este que veio a ser confirmado pelo Acórdão n.º 61/2006, de 21 de Dezembro de 2006, proferido pelo plenário da 1ª Secção, deste Tribunal, no Recurso Ordinário n.º 35/06.

Persiste, assim, o Município da Covilhã na infracção ao disposto no artigo 65.º, n.ºs 5 e 6 do DL n.º 59/99 de 2 de Março, infracção esta que tipifica o fundamento de recusa de visto a que se refere a alínea c), do n.º3, do artigo 44.º, da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

IV - DECISÃO

⁸ Itálico nosso.

⁹ Através do Acórdão n.º 95/04, de 8 de Junho de 2004, da 1ª Secção, em Subsecção.



Tribunal de Contas

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, em recusar o visto a contrato em apreço.

São devidos emolumentos (nº 3, do art.º 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 06 de Maio de 2008.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Abreu Lopes)

(José L. Pinto Almeida)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto