



ACÓRDÃO N.º 36/2009 - 18.Fev.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1482/08)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Apresentação das Propostas / Definição de Subfactores / Ponderação Quantitativa / Princípio da Estabilidade das Regras Concursais / Princípio da Imparcialidade / Princípio da Concorrência / Princípio da Publicidade / Princípio da Transparência / Publicitação do Concurso no JOUE / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Os procedimentos concursais conducentes a aquisição de bens móveis por parte dos municípios, de valor igual ou superior a €124.699,00, carecem de ser publicitados no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), sob pena de violação dos arts. 190.º, al. b), 194.º, n.º 1, 80.º, n.º 1 e 87.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
2. A *ratio legis* que preside à obrigatoriedade de publicitar um determinado concurso no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) é a de dar a possibilidade do seu conhecimento às empresas nacionais e comunitárias, efectivando-se, por esta via, a igualdade de oportunidades entre todos os operadores económicos do espaço comunitário.
3. A não publicitação do concurso no JOUE é uma ilegalidade grave, por violar o núcleo essencial do princípio da concorrência, enquanto corolário do princípio da igualdade.
4. A definição dos subfactores que integram o critério de adjudicação, incluindo a respectiva ponderação qualitativa, após o prazo estabelecido para a entrega das propostas por parte dos concorrentes, viola o disposto no art.º 94.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.



5. A definição dos subfactores que integram o critério de adjudicação, incluindo a respectiva ponderação quantitativa, após o prazo de entrega das propostas, mais não é do que uma “fraude” ao princípio da concorrência e à confiança dos interessados nas regras postas pela Administração a concurso, consubstanciando-se numa violação do princípio da estabilidade das regras concursais, que é um dos corolários do princípio da concorrência.
6. Trata-se, por isso, de uma ilegalidade grave, por violar o núcleo essencial dos princípios da transparência e da imparcialidade, violando também o princípio da concorrência, enquanto corolário do princípio da estabilidade das regras concursais.
7. As ilegalidades supra mencionadas, pelas razões supra descritas, são fortemente susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato, constituindo, por isso, fundamento de recusa do visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c), da Lei 98/97, de 26 Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



Transitou em julgado em 2009-03-11

ACÓRDÃO N.º 36 /2009 – 18-FEV2009 – 1.ª S/SS

P. n.º 1 482/08

1. **A Câmara Municipal da Trofa** remeteu a fiscalização prévia um contrato para aquisição e instalação de reguladores de fluxo luminoso e sua manutenção, celebrado com a sociedade **EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A.**, no montante de € 490.854,24, acrescido de I.V.A.

2. **Para a presente decisão releva a seguinte factualidade:**

A) Em reunião de 06/02/2008 a Câmara Municipal da Trofa (doravante designada por Câmara Municipal) deliberou o seguinte:

- Anular o concurso público que estava em curso destinado à aquisição e instalação de reguladores de fluxo luminoso e sua manutenção, em virtude de não terem sido efectuadas as publicitações nos dois jornais de grande circulação, conforme exigido no artigo 87.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08/06;
- Proceder a abertura de novo procedimento concursal;
- Aprovar o Programa de Concurso e o Caderno de Encargos;
- Nomear os membros do Júri.

B) De acordo com o Programa de Concurso:



Tribunal de Contas

- Visava-se a aquisição e instalação de equipamentos reguladores de fluxo luminoso e sua manutenção, com base nas seguintes características:
 - Equipamentos estabilizadores e reguladores de fluxo luminoso com sistema de telegestão (com as características constantes do Anexo I ao mesmo) que permitam a redução uniforme do nível de iluminação e de comutação electromecânica, envoltos por armários de poliéster para a instalação na via pública, com as características constantes no Anexo II ao mesmo;
 - Contrato de manutenção;
 - Locais de instalação dos reguladores de fluxo luminoso, constantes no Anexo III ao mesmo.
 - A adjudicação seria efectuada à proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os seguintes factores:
 - Qualidade técnica da solução e do equipamento constante na proposta e metodologia de instalação e manutenção deste equipamento, pelo período de seis anos: 40%;
 - Prazo de amortização financeira do equipamento: 40%;
 - Preço: 20%.
- C)** O concurso público foi publicitado no Diário da República e nos jornais “Correio da Manhã”, “O Notícias da Trofa”, “JT” e “Jornal de Noticias”.
- D)** Nos termos dos referidos anúncios, o prazo limite para a entrega das propostas era o dia **25/03/2008**.



Tribunal de Contas

E) A fls. 190 dos autos, e a solicitação da UAT II, foi junta a Acta de Definição dos critérios;

F) Naquela diz-se, designadamente:

“Os membros do Júri do presente concurso público para aquisição e instalação de reguladores de fluxo luminoso e sua manutenção no Município da Trofa (...), e tendo em linha de conta os critérios de adjudicação definidos (...) quer no Anúncio, publicado na II Série do Diário da República em 19 de Fevereiro de 2008, quer no Programa do Concurso, no seu art.º 4.º, reunidos no dia 30 de Março de 2008¹, deliberaram, por força do art.º 94.º do DL n.º 197/99, de 8 de Junho, definir critérios de ponderação para cada um dos critérios de adjudicação, a saber:

“1. Para apreciação do critério de adjudicação qualidade técnica da solução e do equipamento da proposta e metodologia de instalação e manutenção deste equipamento, pelo período de seis anos – 40%, será tido em linha de conta o seguinte:

- 5 Pontos – Previstas funções de redução do nível de iluminação e estabilização da tensão de alimentação dos pontos de luz;*
- 1 Ponto – Realiza o arranque da iluminação à tensão da rede;*
- 15 Pontos – Equipamentos constituídos por módulos monofásicos fisicamente independentes;*
- (...);*

¹ O evidenciado é nosso.



2. *Para análise do critério de adjudicação Prazo de amortização financeira – 40% -são definidos os seguintes critérios de ponderação:*

- *40 Pontos – 6 anos ou mais;*
- *30 Pontos – 5 anos;*
- *25 Pontos – 4 anos*
- *(....)*

3. *Para avaliação do critério de adjudicação Preço – 20% - utilizar -se-á uma escala, tomando por base o seguinte:*

- *20 Pontos - €100.000, acrescido de IVA a €200.000, acrescido de IVA;*
- *15 Pontos - €200.001, acrescido do IVA a €300.000, acrescido de IVA;*
- *10 Pontos - € 300.001, acrescido de IVA a €400.000, acrescido de IVA.*
- *5 Pontos – acima €400.001, acrescido de IVA.*

No caso de empate na classificação final, será privilegiada a proposta que obtenha maior pontuação na qualidade técnica da solução e do equipamento constante na proposta e na metodologia de instalação e manutenção deste equipamento.”;

G) Tendo por base um parecer técnico elaborado por um consultor externo, o Júri do concurso propôs que a adjudicação fosse efectuada à empresa EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A.



Tribunal de Contas

- H)** Em reunião de 16/07/2008 a Câmara Municipal deliberou adjudicar nos termos propostos pelo Júri do concurso.
- I)** Por seu turno, em reunião de 03/09/2008 a Câmara Municipal deliberou aprovar a minuta do contrato a celebrar com a adjudicatária.
- J)** Com data de 28/10/2008 foi celebrado o contrato ora em apreço, tendo o mesmo sido alterado com data de 22/01/2009, em face das questões suscitadas pela UAT II, deste Tribunal, em sede de devolução.
- K)** Relativamente ao contrato, destacam-se as seguintes condições:
- Preço: € 490.854,24, acrescido de I.V.A., a pagar em setenta e duas prestações mensais e sucessivas de € 6.817,42 cada;
 - Prazo: Inicia a sua vigência na data da assinatura e tem a duração de seis anos a contar da data da instalação do equipamento;
 - Início da prestação de serviços: O equipamento será instalado no prazo de oito semanas após a assinatura do contrato;
 - Garantia: O equipamento e todos os seus componentes são garantidos por dois anos a partir da data de instalação, contra defeitos de fabrico, instalação e dimensionamento.
- L)** Questionado o Município, em sede de devolução efectuada pela UAT II, deste Tribunal de Contas, sobre o facto de o concurso



Tribunal de Contas

público não ter sido publicitado no Jornal Oficial da União Europeia, veio o mesmo apresentar a seguinte justificação:

“Conforme se detecta no procedimento concursal em apreço, estamos perante uma adjudicação de fornecimento de bens e serviços excepcionais e inovadores no mercado de contratação pública para as autarquias locais;

Perante isto e dada a falta de informação disponível e cumulativamente à carência de preparação técnica na abordagem a estas questões versadas sobre a eficiência energética, acrescido do facto do Município da Trofa ainda se confrontar com debilidades ao nível dos seus recursos humanos com a capacidade de resposta adequada;

Visto que, aquando do desenvolvimento do procedimento concursal, esteve também eminente a entrada em vigor do novo diploma legal quanto ao novo regime da contratação pública, facto que provocou alguma confusão; Pelo exposto, verifica-se que o lapso ocorrido, decorrente da falta de publicitação no JOUE, expressa de que não qualquer intenção de sonegar informação a todos os agentes económicos envolvidos neste processo, mas tão somente em virtude do desconhecimento exclusivo deste tipo de mercado emergente;

Acrescenta ainda que, perante o estado de implementação e desenvolvimento deste tipo de bem e serviço, o Município da Trofa não tinha o conhecimento total do valor envolvido neste contrato;

É do conhecimento jurídico que o Tribunal de Contas, perante situações idênticas e tendo em linha de conta o comportamento deste Município da Trofa, que desde já se penitencia, e se compromete a evitar esta situação, já se pronunciou pela concessão do referido visto com recomendações,



dado que, em caso contrário, este Município incorrerá em custos acrescidos decorrentes do início de outro procedimento concursal e da demora consequente, caso o Exmo. Tribunal não conceda o visto.”

3. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO

3.1. Da eventual violação dos artigos 190.º, al. b), 194.º, n.º 1, 80.º, n.º 1, e 87.º, n.º 2, ambos do DL n.º 197/99, de 08/06

Do disposto nos supra referidos preceitos resulta que os procedimentos concursais conducentes a aquisição de bens móveis por parte dos Municípios, de valor igual ou superior a €124.699,00, carecem de ser publicitados no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

No caso em apreço, o contrato tem um valor de €490.854,24, mas não foi publicitado no JOUE.

Verifica-se, assim, a violação dos supra referidos preceitos legais, sendo que a justificação apresentada pelo Município não afasta tal vício de violação de lei.

3.2. Da eventual violação do disposto no art.º 94.º, n.º 1, do DL n.º 197/99, de 6/8.



Tribunal de Contas

Dispõe o art.º 94., n.º 1, do DL n.º 197/99, de 8 de Junho, sob a epígrafe “Definição de critérios”, que:

Até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a entrega das propostas, o júri deve definir a ponderação a aplicar aos diferentes elementos que interfiram na aplicação do critério de adjudicação estabelecido no programa do concurso.

Da matéria de facto dada como provada, resulta o seguinte:

1. O concurso público foi publicitado no Diário da República e nos jornais “Correio da Manhã”, “O Notícias da Trofa”, “JT” e “Jornal de Noticias” – alínea C) do probatório;
2. Nos termos dos referidos anúncios, o prazo limite para a entrega das propostas era o dia **25/03/2008** – alínea D) do probatório;
3. A definição dos subfactores que integraram o critério de adjudicação, incluindo a respectiva ponderação quantitativa, foi efectuada em **30/03/2008** – alíneas E) e F) do probatório;

Quer isto dizer que a definição dos subfactores foi estabelecida após o prazo estabelecido para a entrega das propostas, mostrando-se, por esta via, violado o disposto no art.º 94.º, n.º1, do DL 197/99.



3.3. Das consequências decorrentes da violação dos artigos 190.º, al. b), 194.º, n.º 1, 80.º, n.º 1, e 87.º, n.º 2, ambos do DL n.º 197/99, de 08/06, no acto de adjudicação e consequente contrato.

Um dos valores nucleares dos procedimentos adjudicatórios passa, naturalmente, pela concorrência e sua promoção.

Na verdade, só com um procedimento dirigido à concorrência é possível assegurar com vantagem a satisfação do interesse público. É que, quanto mais concorrentes se apresentarem a concurso, maior será o número de ofertas contratuais, bem como o leque de escolhas contratuais, com a consequente *optimização* das propostas.

Um dos instrumentos do princípio da concorrência, bem como dos princípios da imparcialidade e transparência, **é o princípio da publicidade.**

Com efeito, para se verifique um maior número de concorrentes e de ofertas contratuais, é necessário que o mercado da contratação pública seja aberto, o que pressupõe que as entidades adjudicantes dêem publicidade adequada à sua vontade de contratar. **Ou seja não há verdadeira concorrência sem publicidade.**

A *ratio legis* que preside à obrigatoriedade de publicitar um determinado concurso no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) é a de dar a possibilidade do seu conhecimento às empresas nacionais e comunitárias, efectivando-se, por esta via, a **igualdade de**



oportunidade entre todos os operadores económicos do espaço comunitário².

Em bom rigor, a não publicitação do concurso no JOUE traduz-se na falta de um elemento de uma enorme relevância para o procedimento em causa, consubstanciando-se numa **ilegalidade grave**, por ser fortemente cerceadora da concorrência, e que, sendo susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, é, só por si, fundamento de recusa do visto ao contrato (art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei 98/97, de 26/08)³.

3.4. Das consequências decorrentes da violação do artigo 94.º, n.º 1, do DL n.º 197/99, de 6/8.

Conforme resulta do referido no ponto 3.2., a definição dos subfactores que integraram o critério de adjudicação, incluindo a respectiva ponderação quantitativa, foi efectuada em 30/03/2008, ou seja, já após o prazo de entrega das propostas por parte dos concorrentes.

² O Acórdão Telaustria, de 7 de Dezembro de 2000, do Tribunal de Justiça (proc. N.º C-324/98, Colect.2000, p. I-10745), a propósito da aplicação das regras fundamentais do Tratado e do princípio da não discriminação em particular declarou que, independentemente das directivas, este princípio implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência, consistindo essa obrigação “em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequada para garantir a abertura da concorrência dos contratos de serviços, bem como o controle da imparcialidade dos processos de adjudicação”. Neste Acórdão conclui-se que as obrigações de transparência e publicidade decorrem do princípio da igualdade e ainda que a sua aplicação em concreto não está dependente da existência de regulação específica; sendo certo que a lei portuguesa regula especificamente esta situação, como decorre do supra referido.

³ Relativamente a situação similar, ou seja, de falta de publicidade do concurso público no JOUE, quando tal era legalmente exigido, vide Acórdãos do Tribunal de Contas n.ºs 119/07, de 30/08, e 115/2008, de 30/09, proferidos em Subsecção da 1.ª Secção (transitados em julgado), que recusaram o visto aos contratos.



Tribunal de Contas

Ora, a divulgação oportuna de tais elementos, porque susceptíveis de receber especial pontuação ou influenciá-la, teria certamente levado os concorrentes a reformularem as suas propostas, em conformidade.

Por outro lado, o momento tardio em que tais inovações foram introduzidas na avaliação, já após o conhecimento das propostas, não pode deixar de criar a dúvida ou mesmo a suspeição sobre a parcialidade da administração (v.g. afeiçoando a fixação desses subfactores e respectiva ponderação a determinados concorrentes, em detrimento de outros), o que basta para se considerarem **violados os princípios da transparência e imparcialidade** a que a actividade administrativa se deve subordinar, nos termos dos artigos 6.º e 6.º-A do CPA e 266.º, n.º 2, da CRP (vide também artigos 8.º e 11.º do DL 197/99, de 8 de Junho, aplicável às empreitadas de obras públicas “ex vi” do art.º 4.º, n.º 1, al. a), do mesmo diploma legal).

E mesmo que, por absurdo, se considerasse que a Comissão de Análise, ao valorar todos aqueles elementos, o estava a fazer no puro domínio da chamada discricionariedade técnica, sempre a fixação de tais subfactores e respectiva ponderação seria ilegal, já que a discricionariedade não afasta, antes impõe, o respeito pelos princípios da transparência e da imparcialidade.

De resto, a definição dos subfactores que integraram o critério de adjudicação, incluindo a respectiva ponderação quantitativa, após o prazo de entrega das propostas, mais não é do que uma “fraude” ao



princípio da concorrência e à confiança dos interessados nas regras postas pela Administração a concurso – alguns autores falam mesmo em “alteração das regras do jogo” - consubstanciando-se **numa violação do princípio da estabilidade das regras concursais, que é um dos corolários do princípio da concorrência**⁴.

Trata-se, por tudo quanto foi dito, de uma **ilegalidade grave**, por violar o núcleo essencial dos princípios da transparência e da Imparcialidade, violando, igualmente, o princípio da concorrência, enquanto corolário do princípio da estabilidade das regras concursais, e que, sendo susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, é, só por si, no circunstancialismo apurado, fundamento de recusa do visto ao contrato (art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei 98/97, de 26/08).

4. DECISÃO

Termos em que, com fundamento no art.º 44.º, n.º 3, alínea c) da Lei 98/97, de 26/06, se decide recusar o visto ao contrato.

Emolumentos legais (art.º 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao DL n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 18 de Fevereiro de 2008

.....

⁴ Vide Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, Almedina, pág. 108.



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes

António Santos Soares

Helena Abreu Lopes

O Procurador-Geral da Adjunto

(Daciano Pinto)

