



ACÓRDÃO N.º 42/2009 - 25.Fev.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1740/08)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Comissões de Acompanhamento / Empreitada de Obras Públicas / Fundamentação Legal / Habilitação a Concurso / Marcas e Patentes / Recusa de Visto / Relatório

SUMÁRIO:

1. Os requisitos de habilitação técnica dos concorrentes nos documentos que disciplinam os concursos de empreitadas de obras públicas deve reflectir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as disposições dos n.ºs 1 e 2 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, devendo fazer-se constar do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 do art.º 31.º do referido diploma legal ou as duas hipóteses resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas nunca apenas a habilitação referida no n.º 2.
2. No que se refere às especificações técnicas, é proibida a indicação de marcas comerciais ou industriais salvo quando acompanhadas da menção “ou equivalente”, sempre que não seja possível formular uma descrição do objecto da empreitada com recursos a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados (cfr. art.º 65.º, n.ºs 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março). Esta proibição visa impedir que nos processos de contratação pública sejam estabelecidas especificações técnicas discriminatórias e, por essa via, favorecidas ou desfavorecidas determinados operadores ou determinados produtos, ofendendo-se o princípio da concorrência.



3. O relatório da comissão de análise das propostas deve ser fundamentado. Essa fundamentação deve permitir compreender que a ordenação das propostas se fundou na correcta aplicação dos parâmetros definidos para o critério de adjudicação e respectivos factores e subfactores (cfr. art.º 100.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março), assegurando que em destinatário normal fique ciente das razões que sustentam a valoração das mesmas.
4. As comissões de acompanhamento do concurso devem ser designadas procedimento a procedimento e não para a generalidade dos procedimentos de empreitada a realizar pelo município, pois só assim se garante a natureza “*ad hoc*” dessas comissões e só assim ficam devidamente asseguradas as garantias de imparcialidade previstas no Código do Procedimento Administrativo.
5. As ilegalidades apontadas enquadram-se no disposto na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, sendo fundamento de recusa do visto.
6. O facto de o município ter sido previamente alertado para a necessidade de dar cumprimento aos dispositivos legais em causa justifica que não se volta a usar a faculdade a que se refere o n.º 4 do mesmo art.º 44.º.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO Nº 42 /09 - FEV.25 - 1.ª S/SS

Proc. Nº 1740/2008

1. O **Município da Maia** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada celebrado, em 27 de Novembro de 2008, entre aquela entidade e a empresa “*Costeira Empreiteiros - Sociedade de Construções, S.A.*”, para realização da obra “**Beneficiação e Ampliação da Escola EBI da Guarda, na Freguesia de Moreira - Centro Escolar da Guarda**”, com o valor de € 676.402,67, acrescido de IVA.

2. DOS FACTOS

Além do referido em 1., e do que mais à frente se referir, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por elementos constantes do processo:

a) O contrato foi precedido da realização de concurso público, autorizado por deliberação da Câmara Municipal da Maia de 3 de Julho de 2008¹ e aberto por anúncio publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Julho de 2008²;

b) No ponto III.2.1.1) do anúncio de concurso³ referiu-se:

“Habilitação legal - Só serão admitidos os concorrentes titulares do alvará de empreiteiro de obras públicas que contenham as seguintes autorizações:

A 1.ª subcategoria da 1.ª categoria ou empreiteiro geral ou construtor geral, a qual tem de ser de classe que cubra o valor global da proposta, nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro;

(...)”

c) No ponto 6.2. do programa de concurso⁴ estabeleceu-se:

¹ Vd. fls. 9 e 10 do processo.

² Vd. fls. 13 do processo.

³ Vd. fls. 14 do processos.

⁴ Vd. pág. 5 do Programa de Concurso.



“ O alvará de empreiteiro de obras públicas previsto na alínea a) do n.º 6.1. deve conter:

a1) A classificação como empreiteiro geral ou construtor geral da 1.ª Subcategoria da 1.ª Categoria, em classe correspondente ao valor da proposta, nos termos da Portaria 19/2004, de 10 de Janeiro;

(...)”;

- d)** O mapa de medições, anexo ao caderno de encargos, e contendo a descrição detalhada dos trabalhos a desenvolver, incluiu, nos itens 8.7, 15.1 e 17.10, a exigência do fornecimento de materiais com uma marca específica:

“ 8.7. – Revestimento com Material cerâmico Cinca “Nova Architectura” (...);

15.1. - Fornecimento, execução e assentamento em fachadas de caixilharia em perfis de alumínio com roptura térmica da “Extrusal” (...);

17.10 – Fornecimento e aplicação de loiças sanitárias da marca “Valadares” (...);

- e)** O valor total dos itens referidos na alínea anterior é de € 55.620,00, representando 8,22% do valor da empreitada;
- f)** O relatório de análise das propostas⁵, na parte em que aplica às mesmas o critério de adjudicação, refere que *“a ponderação dos factores será efectuada mediante a graduação numa escala de 0 a 20 pontos”* e contém um mapa atribuindo a cada proposta uma valoração numérica em cada factor e subfactor;
- g)** As comissões de Abertura do concurso e de Análise das propostas foram nomeadas em reunião extraordinária da Câmara Municipal da Maia, realizada em 2 de Janeiro de 2008, para os concursos de empreitada a realizar num período de tempo indeterminado, e não especificamente para o procedimento que antecedeu o presente contrato⁶.

⁵ A fls. 44 a 48 dos autos.

⁶ Vd. acta a fls. 87 e seguintes do processo.



3. DAS HABILITAÇÕES TÉCNICAS EXIGIDAS.

O artigo 31.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 12/04, de 9 de Janeiro, dispõe o seguinte:

- “1 - Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.*
- 2 - A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.”*

Sobre a correcta interpretação e utilização destas normas nos procedimentos concursais para a realização de empreitadas de obras públicas, tem este Tribunal abundante e uniforme jurisprudência⁷.

A mencionada jurisprudência afirma que a forma pela qual devem ser descritos os requisitos de habilitação técnica dos concorrentes nos documentos que disciplinam os concursos deve reflectir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as citadas disposições do artigo 31.º, devendo fazer-se constar do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 ou as duas hipóteses resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas nunca apenas a habilitação referida no n.º 2.

No concurso público que precedeu o contrato em apreciação, verificou-se uma contradição na forma como, no anúncio e no programa de concurso, foram descritos os referidos requisitos.

No programa de concurso, ao exigir-se que os concorrentes detivessem as habilitações referidas no n.º 2 do referido artigo 31.º (classificação de empreiteiro geral) em classe correspondente ao valor global da proposta, afirmou-se que as habilitações referenciadas no n.º 1 do mesmo artigo não eram suficientes e impediu-se que aqueles que as detinham pudessem candidatar-se ao concurso. Fizeram-se, assim, exigências de habilitação

⁷ Vejam-se, designadamente, os Acórdãos da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, proferidos em Subsecção, n.ºs 16/2004, 182/2004, 11/2005, 159/2005, 179/2005, 187/2005, 193/2005, 210/2005, 218/2005, 219/2005, 223/2005, 810/2005, 1088/2005, 1249/2005, 1290/2005, 9, 10 e 11/2006, 14/2006, 16/2006, 22/2006, 27/2006, 40/2006, 46/2006, 60/2006, para citar apenas alguns.



técnica superiores às estabelecidas na lei, as quais conduziram a uma redução ilegal do universo de potenciais candidatos.

Não obstante, no anúncio de concurso referiu-se que os concorrentes deveriam deter alvará da 1.^a subcategoria da 1.^a categoria **ou** de empreiteiro ou construtor geral, em classe correspondente ao valor global da proposta.

Esta formulação, sendo diversa da que consta do programa de concurso, seria compatível com o que resulta da lei e da jurisprudência deste Tribunal, se contivesse a identificação de qual a habilitação de empreiteiro geral necessária⁸.

Questionado o município sobre a divergência verificada entre o anúncio e o programa de concurso, relativamente ao alvará pretendido, veio o mesmo responder⁹ que não existiu, nesta matéria, divergência entre o anúncio e o programa de concurso, e que o alvará que os concorrentes teriam de apresentar era, em classe correspondente ao valor da proposta, a classificação como *empreiteiro geral ou construtor geral da 1.^a Subcategoria da 1.^a Categoria*.

Efectivamente esta era a exigência constante do programa de concurso.

Nos termos do artigo 66.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o programa de concurso define os termos a que obedece o respectivo processo e especifica as condições estabelecidas para admissão dos concorrentes. Em caso de divergência, prevalece, por natureza, sobre o anúncio do concurso, o qual se destina a dar publicidade à abertura do mesmo e a divulgar alguns dos aspectos regulados naquele programa.

Como já referimos, as exigências de habilitação técnica estabelecidas no programa de concurso foram superiores às estabelecidas na lei.

4. DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS FEITAS.

O artigo 65º, nºs 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*

⁸ Nos termos da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro, na 1.^a Categoria há Empreiteiros Gerais de “Edifícios de Construção Tradicional”, de “Edifícios com Estrutura Metálica”, de “Edifícios de Madeira” e de “Reabilitação e Conservação de Edifícios”.

⁹ Vd. ofício n.º 01979, de 5 de Fevereiro de 2009, a fls. 76 e seguintes dos autos.



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 Comunitárias¹⁰, 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 d) e e) do ponto 2 deste Acórdão, em vários itens constantes do mapa de medições consta a exigência do fornecimento de materiais com uma marca específica. Estes itens representam 8,22% do valor da empreitada.

Ouvida sobre esta matéria, a autarquia referiu, no ofício n.º 01979, de 5 de Fevereiro de 2009, a fls. 76 e seguintes:

“... De facto, (...) o caderno de encargos da empreitada ora em apreço consagra a referência a marcas com a designação de “tipo” e/ou “equivalente” e outras (muito poucas, de carácter residual, diga-se em abono da verdade), que se encontram no mapa de quantidades patenteado a concurso, atento o disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de Março.

Todavia (...) o caderno de encargos e os demais documentos fornecidos por esta Câmara Municipal para a empreitada devem ser analisados sob um enquadramento jurídico de molde a ser uniforme e de igualdade para todos os concorrentes. Ou seja, os concorrentes na presente empreitada apresentaram-se a concurso todos em igualdade de circunstâncias, bem como estava ao seu alcance todos os elementos considerados imprescindíveis para que a sua proposta fosse ganhadora, atento as condições contratuais colocadas no concurso.

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



(...) por lapso de escrita ou informático a designação “tipo” não se encontra no art. 8.7. e já consta do artigo 10.5. Porquanto, o que se encontra no mapa de quantidades posto a concurso a referência ao “tipo” está bem patente. Assim sendo, só para citar alguns e não ser demasiado exaustivo, referindo artigos que remetem para marcas com a designação de “tipo”, a saber:

Artigo 8.8.- (...);

Artigo 13.1 – (...);

Artigo 13.2 – (...);

Artigo 13.4 – (...);

Artigo 13.5 – (...);

Artigo 13.3 – (...);

Artigo 17.8 – (...);

Artigo 17.15.5 – (...);

Daqui se infere que o caderno de encargos tinha como escopo um padrão de qualidade, atento a envergadura da obra a realizar, e pretendia demonstrá-lo através das designações “tipo” e/ou “equivalente” para os produtos e matérias-primas a aplicar na empreitada.(...)

(...) Por conseguinte, com o devido respeito que nos merece o Ilustre Tribunal, pese embora, possa afigurar-se, com a designação das marcas no caderno de encargos e no mapa de quantidades que foi patenteado a concurso, uma tentativa de restringir ou diminuir o universo dos potenciais concorrentes e, conseqüentemente, a alterar o resultado financeiro do contrato, tal situação não se verifica de todo em todo. (...)

(...) nada disto se passou na presente empreitada, porquanto, todos os concorrentes – que foram quatro¹¹, entenderam o que se pretendia, não tendo nenhum deles deixado de poder participar ou, por essa via, ter sido restringido no presente concurso público por constar a designação daquela marca. Isto porque, todos os concorrentes se encontravam nas mesmas condições de igualdade e de concorrência.

Para concluir e sublinhar que nenhum dos quatro concorrentes foi prejudicado ou lhe foi restringido o acesso por constar no caderno de encargos aquela marca, que, conforme já se explanou anteriormente, se devem atender ao enquadramento jurídico do caderno de encargos e de todos os demais documentos que fazem parte integrante deste concurso, como um enquadramento uniforme com a designação de “tipo” ou “equivalente”.

¹¹ Na realidade, ao concurso em apreciação apresentaram-se e foram admitidos sete concorrentes.



Considerando as especificações feitas às marcas nos itens identificados na alínea d) do probatório, 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, sendo até provável que, se o fizesse, visse as suas propostas excluídas por incumprimento do caderno de encargos.

Considera-se, pois, que estamos perante o estabelecimento de especificações técnicas discriminatórias.

Acresce que a 1.^a Secção deste Tribunal tem inúmera jurisprudência concluindo pela ilegalidade da prática referida, nomeadamente os Acórdãos n.ºs 62/2005 – 5.Abr. – 1.^aS/SS e 137/05 – 12.JULHO.05 – 1.^aS/SS e a Decisão n.º 463/05, de 16 de Maio de 2005, os quais incidiram sobre contratos de empreitada da Câmara Municipal da Maia, em que se suscitava idêntica questão relativamente a itens dos mapas de quantidades.

No Acórdão n.º 62/2005, relativamente a um concurso aberto em 15 de Março de 2004, o Tribunal de Contas caracterizou a situação como ilegal e recomendou especificamente a esta autarquia o “*rigoroso cumprimento, em futuros processos de empreitada, do que legalmente se encontra estipulado no (...) art.º 65.º, nos n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março*”.

Este Acórdão foi notificado ao Município da Maia em 7 de Abril de 2005.

Na Decisão n.º 463/2005, sobre um procedimento aberto em 30 de Outubro de 2003, o Tribunal referiu: “*Quanto à referência a marcas, deverá a Câmara ter em conta o Acórdão 62/05, de 5 de Abril, e as recomendações dele constantes.*”

Esta Decisão foi notificada à autarquia em 16 de Maio de 2005.

No Acórdão n.º 137/05, apreciando um concurso aberto em 25 de Janeiro de 2005, o Tribunal voltou a recomendar o “*rigoroso cumprimento do disposto nos n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º do Dec-Lei n.º 59/99*”.

Este Acórdão foi notificado ao Município em 13 de Julho de 2005.

Todas estas recomendações foram, assim, formuladas e comunicadas em data anterior à do lançamento do procedimento agora em apreciação.

5. DA FUNDAMENTAÇÃO DA AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS.

Como se referiu na alínea f) do ponto 2. deste Acórdão, o relatório de análise das propostas, na parte em que aplica às mesmas o critério de



adjudicação, refere que “a ponderação dos factores será efectuada mediante a graduação numa escala de 0 a 20 pontos” e contém um mapa atribuindo a cada proposta uma valoração numérica em cada factor e subfactor.

Questionada sobre a eventual falta de fundamentação do relatório em causa, a autarquia veio invocar, no ofício a fls. 76 e seguintes:

“A Câmara Municipal através da Comissão de Análise das Propostas, atento os critérios de adjudicação previamente fixados e publicados, procedeu a análise das propostas no intuito de determinar qual a proposta mais vantajosa, em termos globais, em função desses mesmos factores, conforme dispõe a cláusula 21.2 do Programa de Concurso que prevê a “apreciação das propostas apresentadas pelos concorrentes, o método de ponderação dos factores será efectuada mediante a graduação numa escala de 0 a 20 pontos”.

O que, aliás, conforme V. Ex.as bem o podem reconhecer, efectivamente veio acontecer, atento os relatórios de análise de propostas já juntos aos presentes autos.

De tal modo, apresentado o projecto de decisão final de adjudicação, tendo em conta os critérios aludidos para efeitos de apreciação dos concorrentes, estes - apresentaram-se a concurso sete empresas -, não apresentaram nenhuma reclamação, nem levantaram qualquer dúvida relativamente à avaliação das propostas apresentadas a concurso.”

Na matéria em causa, regula o artigo 100º, n.º 2, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, que dispõe o seguinte:

“ (...)

*2 - A comissão de análise das propostas deve elaborar um relatório **fundamentado** sobre o mérito das propostas, ordenando-as para efeitos de adjudicação, de acordo com o critério de adjudicação e com os factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação fixados no programa de concurso.*

(...)”

Este preceito legal determina claramente que o relatório da comissão de análise das propostas seja fundamentado e que essa fundamentação deva permitir compreender que a ordenação das propostas se fundou na correcta aplicação dos parâmetros definidos para o critério de adjudicação e respectivos factores e subfactores.

Efectivamente, só uma adequada fundamentação das decisões administrativas, neste caso das decisões do júri de atribuir as concretas pontuações às propostas, permite sindicar a sua conformação com as



disposições legais aplicáveis, com os princípios e com a finalidade que devem prosseguir.

A exigência de fundamentação dos actos administrativos resulta da própria Constituição, que, no n.º 3 do artigo 268.º, estabelece, no interesse dos direitos e garantias dos administrados, que os actos administrativos que possam afectar os seus direitos e interesses legalmente protegidos carecem de fundamentação expressa e acessível.

Por outro lado, os artigos 124.º e 125.º do Código do Procedimento Administrativo estabelecem uma obrigatoriedade de fundamentação expressa que permita “*esclarecer concretamente a motivação do acto*”.

Este dever de fundamentação dos actos administrativos, impondo que as razões ou motivos determinantes da decisão administrativa sejam conhecidos, tem como principais objectivos assegurar a transparência e a imparcialidade das decisões administrativas e garantir ao seu destinatário a possibilidade de contra eles reagir em caso de lesão dos seus direitos e interesses.

Como é jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Administrativo (STA),¹² e tem sido acentuado, repetidamente, por este Tribunal,¹³ um acto só estará devidamente fundamentado quando um destinatário normal possa ficar ciente do sentido da decisão e das razões de facto e de direito que a sustentam, permitindo-lhe apreender o itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pela entidade administrativa e optar, conscientemente, entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de impugnação.

No caso, a comissão de análise das propostas atribuiu a cada proposta uma valoração em cada um dos factores e subfactores de adjudicação, mas não especificou os parâmetros nem os concretos elementos que, em cada situação, determinaram o concreto resultado atingido.

Uma atribuição de pontuações sem esclarecimento dos factos e juízos que lhe estão subjacentes não permite que um destinatário normal possa

¹² Vd., entre muitos, os Acórdãos do STA de 30 de Outubro de 1990, in Acórdãos Doutriniais (AD) 351, pág.339; de 11 de Outubro de 1988, in AD 329, pág. 620; de 11 de Maio de 1989 (Pleno), in AD 335, pág.1398; de 12 de Fevereiro de 1987, in AD 317, pág. 581; de 30 de Outubro de 1990, in AD 353, pág. 607; de 7 de Março de 1995, in Proc. n.º 30 275; de 26 de Março de 1996, in Proc. n.º 34 024 e de 21 de Maio de 2008, in Proc. n.º742/07.

Note-se que, no mesmo sentido, decidiu também o Acórdão n.º 92/08, de 7 de Julho de 2008, da 1ª Secção do Tribunal de Contas.

¹³ Vejam-se, entre outros, os Acórdãos da 1ª Secção, n.ºs 92/08, de 7 de Julho de 2008, no Processo n.º 319/08; 117/08, de 8 de Outubro de 2008, no Processo n.º 695/08; 128/08, de 28 de Outubro de 2008, no Processo n.º 1046/08; 133/08, de 30 de Outubro de 2008, no Processo n.º 1163/08; 158/08, de 9 de Dezembro de 2008, no Processo n.º 1355/08 e 17/09, de 4 de Fevereiro de 2009, no Processo n.º 1429/08.



perceber o percurso cognoscitivo percorrido para chegar à pontuação atribuída a tais subfactores, não permite conhecer as razões da diferente classificação de cada proposta comparativamente com as demais nem permite, conseqüentemente, compreender a exacta motivação da classificação e hierarquização final.

Não foram, assim, cumpridos, na avaliação das propostas, os referidos requisitos de fundamentação e transparência, o que determinou a insuficiente fundamentação do acto de adjudicação que veio a ocorrer em sua consequência.

A insuficiente fundamentação equivale, nos termos do artigo 125.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, à falta de fundamentação.

A Câmara Municipal da Maia havia já sido advertida, em caso anterior semelhante, para esta ilegalidade. A Decisão n.º 174/2008-Março.11/1.ªS/SDV, recomendou à autarquia da Maia que “*em empreitadas futuras, deve a comissão de análise das propostas fundamentar as pontuações atribuídas a cada uma das propostas e em cada factor/subfactor avaliado*”.

Esta Decisão foi proferida em 11 de Março de 2008 e foi comunicada ao município em data anterior à do lançamento do concurso ora em apreciação.

6. DA NOMEAÇÃO DAS COMISSÕES DE ACOMPANHAMENTO DO CONCURSO

Como se referiu na alínea g) do ponto 2 deste Acórdão, a nomeação das comissões de abertura do concurso e de análise das propostas foi feita pela Câmara Municipal da Maia, não para este concreto concurso mas para a generalidade dos procedimentos de empreitada a realizar na autarquia.

Tem entendido este Tribunal¹⁴ que o disposto no artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 59/99 aponta para que as referidas comissões sejam designadas para cada concreto procedimento.

O entendimento feito assenta na referenciação legal das comissões a um concreto concurso¹⁵, na circunstância de as comissões em causa serem órgão administrativos “*ad hoc*” e na conclusão de que só a nomeação para cada concreto procedimento permite que se assegurem devidamente as

¹⁴ Vd., designadamente, os Acórdãos n.ºs 80/08, de 17 de Junho de 2008, 128/08, de 28 de Outubro de 2008, 140/08, de 11 de Novembro de 2008, 148/08, de 2 de Dezembro de 2008 e 151/08, de 9 de Dezembro de 2008, da 1ª Secção deste Tribunal.

¹⁵ Vd. epígrafe do referido artigo 60.º.



garantias de imparcialidade legalmente previstas no Código do Procedimento Administrativo, aferindo, em concreto, de eventuais conflitos de interesses.

Acresce que, havendo uma designação dos membros das referidas comissões para um período alargado de tempo, e sendo os mesmos conhecidos, tal circunstância agrava o risco de inobservância dos princípios da imparcialidade e do controlo interno, uma vez que se facilitam laços de cumplicidade que podem conduzir ao favorecimento ou desfavorecimento de interesses ou de concorrentes.

7. DAS CONSEQUÊNCIAS DAS ILEGALIDADES VERIFICADAS

a) Como vimos, no procedimento que precedeu o contrato em apreciação foi violado o disposto nos artigos 65.º, n.ºs 5 e 6, e 100.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99.

A introdução de especificações técnicas discriminatórias nos documentos concursais, em desrespeito do disposto no artigo 65.º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 59/99, é apta a restringir o universo concorrencial e, por impedir o funcionamento da concorrência relativamente aos itens afectados, potencia ainda um eventual agravamento do resultado financeiro do contrato.

A falta de fundamentação da adjudicação, além de afectar o direito dos candidatos a uma informação completa e a um tratamento igual, justo e imparcial, representa uma ofensa ao interesse público de salvaguarda de decisões transparentes e imparciais por parte da Administração.

Para além disso, a adequada fundamentação do acto de adjudicação faz, ainda, parte do mecanismo que permite, através da correcta aplicação do critério de adjudicação, garantir o ajustamento da escolha às necessidades identificadas pelo dono da obra. Nessa medida, protege ainda o interesse financeiro de obtenção de boas propostas e de selecção daquela que melhor se ajusta à necessidade pública, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida e sendo instrumento da realização do disposto nos artigos 42.º, n.º 6, e 47.º, n.º 2, da Lei n.º 91/2001, na redacção da Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto, e no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro.

A omissão verificada não permite aferir da conformidade da escolha com o critério que a ela devia presidir. De eventuais incorrecções ou



afeiçoamentos na aplicação do critério de adjudicação decorre a susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do procedimento.

Nessa medida, as ilegalidades em apreço enquadram-se no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹⁶, sendo fundamento da recusa de visto.

E, 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.

O Município da Maia havia sido atempadamente alertado para a necessidade de dar cumprimento ao disposto nas normas legais relativas às especificações técnicas e à fundamentação do relatório de análise das propostas, através dos já referidos Acórdãos n.ºs 62/2005 – 5.Abr. – 1.ªS/SS e 137/05 – 12.JULHO.05 – 1.ªS/SS e Decisões n.ºs 463/05, de 16 de Maio de 2005, e 174/2008, de 11 de Março de 2008.

Podia, pois, e devia, ter evitado essas ilegalidades, acolhendo no procedimento em causa as recomendações que o Tribunal lhe havia dirigido naquelas decisões.

Não há, assim, fundamento para voltar a usar a faculdade a que se refere o n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

- b)** No procedimento em causa foi ainda violado o disposto no artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004. Daí resultou uma limitação das condições de concorrência, o que implica uma possível redução do número e variedade de propostas apresentadas a concurso.

Esta circunstância mostra-se também susceptível de alterar o resultado financeiro do procedimento, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, a configura como fundamento de recusa de visto aos contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

- c)** Acresce, no caso, que as comissões de acompanhamento do concurso deveriam ter sido nomeadas para o concreto concurso em apreço.

¹⁶ 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.



8. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

Deliberam ainda alertar os responsáveis e o Município da Maia para que, de acordo com o disposto na alínea j) do artigo 65.º da LOPTC, o não acatamento das injunções e recomendações do Tribunal de Contas pode constituir infracção financeira punível com a multa referida no n.º 2 do mesmo artigo.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 25 de Fevereiro de 2009

Helena Abreu Lopes (Relatora)

João Figueiredo

Helena Ferreira Lopes

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)
(Jorge Leal)



P. n.º 1740/08

Declaração de voto vencida:

A entidade adjudicante já foi objecto de 2 recomendações por Acórdão, proferidos pela 1.ª Secção, em Subsecção, deste Tribunal, sobre o incumprimento do disposto nos nºs 5 e 6 do art.º 65.º do DL n.º 59/99, de 2/3, a saber:

- O Acórdão n.º 62/2005, de 5 de Abril;
- O Acórdão n.º 137/05, de 12 de Julho.

A data da abertura do procedimento relativo ao Acórdão n.º 137/05 ocorreu em 15NOV2004, tendo sido publicitado em 25JAN2005.

O Acórdão n.º 62/2005, de 5 de Abril, foi notificado em 7ABR2005.

Quer isto dizer o seguinte: quando a entidade adjudicante foi notificada do Acórdão n.º 62/2005, de 5 de Abril, já havia sido aberto o procedimento concursal relativo ao Acórdão n.º 137/05, pelo que, em bom rigor, o único não acatamento de recomendação relativa ao incumprimento dos n.º 5 e 6 do art.º 65.º do DL 59/99, de 2/3, só, agora, se pode dar como verificado.

E, embora o não acatamento de uma recomendação do Tribunal de Contas seja um facto censurável, afigura-se-me que a recusa do visto ao contrato com todas as consequências que daí podem advir (art.º 45.º da Lei 98/97, de 26/08) é, neste circunstancialismo - a referência a algumas marcas no mapa de quantidades, que o Acórdão estima em cerca de 8,22% do valor da empreitada, e a existência de uma única recomendação não acatada - desproporcionada e desadequada.

Na verdade, esta ilegalidade, embora possa, em abstracto, conduzir a um cerceamento da concorrência, não se poderá afirmar que este



Tribunal de Contas

cerceamento assuma uma extensão suficientemente grave que justifique, no circunstancialismo apurado, uma recusa de visto^[1].

*

Por outro lado, e conforme resulta das disposições conjugadas dos artigos 77.º, n.º 2, alínea a), 1.ª parte, 44.º, n.º 3, alínea c) e n.º 4, da Lei 98/97, de 26 de Agosto, bem como do art.º 14.º, n.º 4.º do Regulamento Interno da 1.ª Secção (Resolução n.º 5/98 – 1.ª S., de 17 de Fevereiro, publicada na 2.ª Série do Diário da República, n.º 61, de 13.03.98, pág. 3277), as “recomendações”, em sessão diária de visto, não podem ser tidas por verdadeiras recomendações, para os presentes efeitos, por não ter sido proferidas pelo órgão competente, ou seja, pela 1.ª Secção, em Subsecção.

Quando muito tais “recomendações” apenas poderão ser tidas como meros alertas, mas não recomendações nos termos do art.º 44.º, n.º 3, alínea c) e n.º 4, da Lei n.º 98/97, de 26/08.

Por tudo quanto ficou dito, voto vencida.

A Juíza Conselheira

(Helena Ferreira Lopes)

[1] Vide, *inter alia*, Acórdão da 1.ª/SS, proferido no processo n.º 1774/2008, de 17 de Fevereiro, e declarações de voto no Acórdão n.º 57/2006, de 21 de Fevereiro, e no Recurso Ordinário n.º 21/06.