



ACÓRDÃO N.º 63/2009 - 31.Mar.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1767/08)

DESCRITORES: Apreciação das Propostas / Relatório / Fundamentação Legal / Marcas e Patentes / Esclarecimento Suplementar / Publicidade de Concurso / Princípio da Concorrência / Princípio da Transparência / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Recomendação Anterior / Visto com Recomendações

SUMÁRIO:

1. 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 (cfr. art.º 100.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e art.ºs. 124.º e 125.º do Código do Procedimento Administrativo).
2. Não contendo o relatório de análise das propostas, nos termos citados no ponto anterior, a respectiva fundamentação, que permita suportar a atribuição da valoração atribuída ao factor “Valia Técnica da Proposta”, por forma a que um destinatário normal possa perceber o percurso cognoscitivo da comissão de análise, para chegar à pontuação atribuída a tal factor, configura um acto eivado de vício de forma, por falta de fundamentação, o que acarreta a sua anulabilidade.
3. A inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “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, viola o disposto no art.º 65.º, n.ºs 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

4. A falta de publicitação dos esclarecimentos prestados aos concorrentes viola os requisitos de publicidade estabelecidos no art.º 81.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, destinados a preservar a transparência e o princípio da concorrência nos concursos.
5. A violação dos preceitos normativos citados é susceptível de restringir o universo dos potenciais concorrentes e, conseqüentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.
6. Não estando adquirida a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro do contrato, mas tendo já a entidade adjudicante sido objecto de recomendações anteriores relativas à inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”, não se mostra reunido o condicionalismo que permitiria o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art. 44.º da referida Lei - concessão do visto com recomendações.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



**Transitou em julgado em
21/04/09**

ACÓRDÃO N° 63 /09 - 31. MAR. – 1ª S/SS

Proc. nº 1767/08

Acordam os juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção:

I – RELATÓRIO

O **Município de Ponte da Barca** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada celebrado, em 2 de Dezembro de 2008, com o consórcio formado pelas empresas “**Freitas Costa & Filhos, Lda.**”, “**Construções Artur Alves de Freitas II, Lda.**” e “**Playpiso – Infra-Estruturas e Equipamentos Desportivos, SA**”, pelo valor de € 2.423.339,22 acrescido de IVA, tendo o mesmo por objecto a “**Construção do Parque Desportivo de Ponte da Barca**”.

II – MATÉRIA DE FACTO



Tribunal de Contas

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

- A) O contrato supra indicado foi precedido de concurso público, cujo anúncio foi publicado no *Diário da República*, II série, de 3 de Março de 2008 e nas restantes publicações a que se refere o artigo 52º, nº1, do DL nº 59/99 de 2 de Março;
- B) O prazo de execução da obra é de 15 meses;
- C) A consignação da obra ocorreu em 2 de Janeiro de 2008;
- D) A empreitada é por série de preços;
- E) Apresentaram-se ao concurso 16 concorrentes, não tendo havido exclusões;
- F) O critério de adjudicação, de harmonia com o estabelecido no ponto 21 do Programa de Concurso, considera a ponderação dos seguintes factores e subfactores:
 - 1 - Preço global mais baixo – 60%;
 - 2 - Qualidade Técnica da Proposta – 40%
 - a) Nota justificativa do preço proposto – 10%
 - b) Memória justificativa e descritiva – 15%
 - c) Plano de trabalhos – 25%
 - d) Plano de mão-de-obra – 25%
 - e) Plano de equipamento – 15%
 - f) Plano de pagamentos – 10%

Quanto à classificação do factor Preço, estabeleceu-se, no mesmo ponto 21 do Programa de Concurso, que tem a classificação de 5 para a proposta de valor mais baixo e de 1 para a proposta de valor mais alto, sendo as restantes classificações calculadas proporcionalmente.

A classificação dos subfactores e parâmetros de caracterização é feita de 1 a 5.



G) O Relatório de Análise das Propostas, no que toca à pontuação atribuída a cada um dos subfactores do factor “Qualidade técnica da proposta”, contém a indicação de que “os subfactores serão pontuados com os valores de 1,2,3,4,5, sendo 5 para Muito Bom, 4 para Bom, 3 para Suficiente, 2 para Insuficiente e 1 para Mau.” e contém a atribuição de uma pontuação numérica a esses subfactores, mas não possui qualquer justificação ou fundamentação para a atribuição de tal pontuação;

H) Questionado o Município de Ponte da Barca sobre a matéria referida na alínea anterior, veio o mesmo responder, em síntese, o seguinte:

“... A CAP avaliou as propostas como habitualmente, não alterando qualquer procedimento, mantendo-se desta forma coerente com anteriores processos em análise...”

I) O mapa de quantidades de trabalhos, posto a concurso, contém referências a marcas comerciais, desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”.

J) As marcas comerciais, desacompanhadas das referidas expressões, constam dos seguintes pontos:

12.5 – “*Aquadrain GEO*” da “*Imperialum*”;

12.6 – “*Impersp 100*”;

14.1.10.1 a 14.1.10.6 – “*Lledo*”, “*OD*”,

14.1.10.6 - “*OPAL*”,

14.1.10.9, 14.1.10.11 e 14.1.10.12 - “*Bega*”;

14.1.14 – “*Corelec*”;

14.1.16 “*Sisteco Siemens*”.

K) O Município de Ponte da Barca foi objecto de duas recomendações deste Tribunal, sobre a matéria da inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”, através dos Acórdãos nºs 109/04, de 6 de Julho de 2004, proferido no Processo nº 688/04 e 96/05 de 17 de Maio de 2005, proferido no Processo nº 457/05, bem como de uma recusa de visto operada pelo Acórdão nº 43/09, de 27 de Fevereiro, este transitado em julgado;



L) Questionado o Município de Ponte da Barca sobre a existência de marcas comerciais, no mapa de quantidades, sem a menção “tipo” ou “ou equivalente”, bem como sobre as razões pelas quais não acatou as recomendações formuladas pelas Acórdãos deste Tribunal mencionados na alínea anterior, veio o mesmo responder apenas o seguinte:

“...O projecto foi elaborado por uma entidade exterior aos serviços da Câmara Municipal, e pese embora as recomendações formuladas por esse Tribunal, a equipa projectista utilizou somente a expressão “tipo”, omitindo a expressão “ou equivalente” por as considerar idênticas ou similares.

Houve erro grosseiro e em alguns casos foram omitidas aquelas expressões, como por exemplo nos itens 14.1.14; 14.1.15 e 14.1.16. No entanto o valor parece não provocar qualquer agravamento do resultado financeiro do contrato, pelo que se requer a relevação da omissão”.

M) No procedimento que antecedeu o presente contrato foram solicitados, e prestados, vários esclarecimentos aos concorrentes, os quais não foram objecto de publicitação;

N) Questionado o Município de Ponte da Barca sobre a matéria constante da alínea anterior, veio o mesmo dizer que não houve publicitação por, à excepção de um, todos os pedidos de esclarecimentos terem sido efectuados fora de prazo;

III – O DIREITO

1. Suscitam-se, no presente processo três questões:

- a) A falta de fundamentação do Relatório de análise das Propostas;
- b) A inclusão de marcas comerciais, no mapa de quantidades, desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”;
- c) A falta de publicitação de esclarecimentos prestados aos concorrentes.

2. Vejamos, em primeiro lugar a questão atinente à **falta de fundamentação do Relatório de Análise das Propostas.**



Como resulta da alínea G) do probatório, no Relatório de Análise das Propostas não são especificados os motivos pelos quais foram atribuídas as pontuações relativas aos subfactores do factor “Valia Técnica da Proposta”.

Embora o dito Relatório contenha a indicação de que “os subfactores serão pontuados com os valores de 1,2,3,4,5, sendo 5 para Muito Bom, 4 para Bom, 3 para Suficiente, 2 para Insuficiente e 1 para Mau”, bem como a atribuição de uma pontuação numérica a esses subfactores, nenhuma motivação foi apresentada para a atribuição de tal pontuação.

O artigo 100º do DL nº 59/99 de 2 de Março, sob a epígrafe “*Relatório*”, dispõe no seu nº1, que as propostas dos concorrentes qualificados devem ser analisadas em função do critério de adjudicação estabelecido.

Por seu lado, o nº2, do mesmo normativo, refere que *a comissão de análise das propostas deve elaborar um relatório fundamentado* ¹ *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.*

O dever de fundamentação dos actos administrativos, a que se reportam os artigos 124º e 125º do CPA, traduz a externalização das razões ou motivos determinantes da decisão administrativa, tendo, como objectivos essenciais, os de habilitar o destinatário a reagir eficazmente contra a respectiva lesividade e assegurar a transparência e imparcialidade das decisões administrativas.

Como é jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Administrativo (STA), ² e tem sido, repetidamente, afirmado por este Tribunal, ³ um acto estará devidamente fundamentado sempre que um destinatário normal possa ficar

¹ Negrito nosso.

² Vide, 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. nº 30 275; de 26 de Março de 1996, in Proc. nº 34 024 e de 21 de Maio de 2008, in Proc. nº742/07.

³ Vide, entre muitos outros, os Acórdãos da 1ª secção, nºs 92/08, de 7 de Julho de 2008; 117/08, de 8 de Outubro de 2008; 128/08, de 28 de Outubro de 2008; 133/08, de 30 de Outubro de 2008; 158/08, de 9 de Dezembro de 2008; 17/09, de 4 de Fevereiro de 2009, 38/09, de 18 de Fevereiro de 2009 e 43/09 de 27 de Fevereiro de 2009.



Tribunal de Contas

ciente do sentido dessa mesma decisão, bem como das razões de facto e de direito que a sustentam, permitindo-lhe apreender o itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pela entidade administrativa, bem como optar, conscientemente, entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de impugnação.

A fundamentação, por seu lado, e de harmonia com o disposto no artigo 125º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), *deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão, neste caso, parte integrante do respectivo acto.*

A falta de fundamentação de um acto administrativo, como também é jurisprudência consolidada do STA, determina a anulabilidade do acto.

Significa isto, que o relatório de análise das propostas, não contendo, nos termos dos citados artigos 100º, nº2, do DL nº 59/99 de 2 de Março, 124º e 125º do CPA, a respectiva fundamentação, para suportar a atribuição da valoração atribuída ao factor “Valia Técnica da Proposta”, por forma a que um destinatário normal possa perceber o percurso cognoscitivo percorrido pela Comissão de Análise, para chegar à pontuação atribuída a tal factor, configura um acto eivado do vício de forma, por falta de fundamentação, o que acarreta a sua anulabilidade.

Na verdade, só a fundamentação do mencionado relatório permitiria aferir do mérito relativo das propostas e, assim, reconstituir o percurso cognitivo seguido pela comissão de análise, para estabelecer a sua ordenação, para efeitos de adjudicação.

Mostra-se, assim, violado o disposto nos artigos 100º, nº2, do DL nº 59/99 de 2 de Março, 124º e 125º do CPA.

3. Vejamos, seguidamente, a questão da inclusão, no mapa de quantidades, de **marcas comerciais** desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”.

Determina o artigo 65º, nº 5 do DL nº 59/99 de 2 de Março, que, “*salvo os casos excepcionais justificados pelo objecto da empreitada, não é permitida a*



Tribunal de Contas

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”.

Por seu lado, o nº6, do mesmo normativo, estabelece que “*É, 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*”.

Tem este dispositivo legal, 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 da expressão “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.⁴

Ora, se a lei quis proibir que, com a utilização abusiva de “especificações técnicas”, se viole a concorrência, por maioria de razão há-de proibir a indicação de marcas comerciais ou industriais em qualquer peça concursal.⁵

Entende-se, por isso, que a proibição a que se reportam os nºs 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 números, do artigo 65º, do já referido DL nº 59/99, de 2 de Março.

⁴ 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.

⁵ Vide os acórdãos referidos na nota anterior.



Tribunal de Contas

4. Analisaremos, seguidamente, a questão da falta de publicitação dos esclarecimentos prestados aos concorrentes, atendendo à matéria de facto dada por assente na alínea **M)** do probatório.

O Município de Ponte da Barca, como resulta da alínea **M)** do probatório, não fez publicar o aviso relativo à prestação dos referidos esclarecimentos, nem num dos jornais mais lidos da região, nem no *Diário da República*.

O artigo 81º, do DL nº 59/99 de 2 de Março, no que respeita ao esclarecimento de dúvidas surgidas na interpretação dos elementos patenteados a concurso, dispõe, no seu nº1, que os esclarecimentos serão solicitados pelos concorrentes no primeiro terço do prazo para a apresentação das propostas e que o dono da obra os deverá prestar até ao fim do segundo terço do mesmo prazo.

Para além disto, acrescenta o nº2, deste normativo, que a falta de prestação dos esclarecimentos dentro daquele segundo terço do prazo, poderá justificar a prorrogação do prazo de apresentação das propostas por período correspondente ao atraso na resposta.

O nº3, do mesmo dispositivo legal, por seu lado, estabelece que, dos esclarecimentos prestados, se publicará *imediatamente* aviso no *Diário da República* e num dos jornais mais lidos da região onde a obra deve ser executada.

O que, fundamentalmente, importa reter, é que os potenciais concorrentes deverão dispor, no mínimo, do último terço do prazo fixado para a apresentação das propostas (ou tempo equivalente), já munidos de todos os esclarecimentos, o que significará a estabilização das peças concursais a fim poderem elaborar e/ou ajustar as suas propostas.

Ora, no caso vertente, isso não foi cumprido:

Não foi efectuada qualquer das publicações legalmente impostas.

Foi, assim, violado o disposto no artigo 81º, nº3, do DL nº 59/99 de 2 de Março, sendo certo que os requisitos de publicidade aqui estabelecidos se destinam a preservar a transparência e o próprio princípio da concorrência, nos concursos.⁶

⁶ Vide, neste sentido, v. g. o Acórdão deste Tribunal nº 107/06, de 4 de Abril de 2006, in Proc. nº 110/2006.



5. Vejamos agora as consequências das violações de lei, supra referidas.

Afastada que está a consequência prevista na alínea b) do nº3, do artigo 44º, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, estas ilegalidades só podem estar contempladas nas alíneas a) ou c) do mesmo dispositivo legal.

5. 1. A invalidade dos actos administrativos e, designadamente, a matéria da nulidade dos mesmos actos, é tratada nas secções III e IV, do Capítulo II, da Parte IV do Código do Procedimento Administrativo (CPA), mais precisamente nos artigos 133º (actos nulos), 134º (regime da nulidade), 137º (ratificação, reforma e conversão) e 139º, nº1, al. a) (revogação).

As ilegalidades a que nos referimos no pontos 2 a 4, atrás mencionados, não estão previstas no elenco dos actos para os quais o artigo 133º, nº2 do CPA comina a nulidade, como forma de invalidade.

Por outro lado, não se configura a existência de qualquer norma legal que, de acordo com o nº1, do artigo 133º do CPA, para os vícios apontados, estabeleça a nulidade, como forma de invalidade.

Não sendo as ilegalidades verificadas, geradoras de nulidade, só podem as mesmas ser geradoras de anulabilidade, tal como se dispõe no artigo 135º do mesmo CPA.

Está, assim, afastado, também, o fundamento de recusa do visto, a que alude a alínea a), do nº3, do artigo 44º, da Lei nº 98/97, atrás referida.

5. 2. Dando-se, deste modo, por assente que as violações de lei ocorridas são geradoras de mera anulabilidade, resta saber se as mesmas são enquadráveis no disposto na alínea c) do citado artigo 44º, nº3, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

A resposta a esta questão só pode ser afirmativa.

Embora do processo não se extraia que, da violação do disposto nos artigos 100º, nº2, 65º, nºs 5 e 6 e 81º, nºs 1 e 3, do DL nº 59/99 de 2 de Março



Tribunal de Contas

e dos artigos 124º e 125º do CPA, tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro do contrato, não há dúvida de que as ilegalidades verificadas são susceptíveis de restringir o universo dos potenciais concorrentes ao mencionado concurso, o que tem por consequência a susceptibilidade de alteração daquele resultado financeiro.

Aliás, para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea c) do nº3, do citado artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, basta o simples *perigo ou risco* de que as ilegalidades constatadas possam determinar a alteração do resultado financeiro do contrato.

É isso, efectivamente, o que resulta da letra da referida alínea c), quando refere “Ilegalidade que ... *possa alterar* o respectivo resultado financeiro”.

6. No caso vertente, e como se disse, não está demonstrada a ocorrência de uma efectiva alteração do resultado financeiro do contrato.

Verifica-se, porém, que o Município de Ponte da Barca foi objecto de duas recomendações deste Tribunal em matéria de inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”, as quais foram formuladas através dos Acórdãos nºs 109/04 de 6 de Julho de 2004 e 96/05, de 17 de Maio de 2005, bem como de uma recusa de visto operada pelo Acórdão nº 43/09 de 27 de Fevereiro de 2009, este transitado em julgado.

Ora, não obstante as recomendações formuladas quanto ao cumprimento dos nºs 5 e 6 do artigo 65º, do DL nº 59/99 de 2 de Março, o certo é que o Município de Ponte da Barca persiste em não acatar a jurisprudência deste Tribunal nessa matéria e, ao invés, continua a violar os dispositivos legais reguladores da mesma.

Deve, aliás, referir-se que a fixação, no caderno de encargos, de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou a uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, continua a ser proibida pelo artigo 49º, nº 12, do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro.

Apenas é permitida, a título excepcional, a fixação de especificações técnicas ou marcas, quando acompanhadas da menção “ou equivalente”, de



harmonia com o disposto no nº13, do mesmo normativo do citado Código dos Contratos Públicos.

Nesta conformidade, e face ao não acatamento da jurisprudência deste Tribunal atrás mencionado, não se mostra reunido o condicionalismo que poderia permitir, no caso *sub judice*, o uso da faculdade prevista no nº4, do artigo 44º, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, e, desse modo, consentir a concessão do visto com recomendações.

IV - DECISÃO

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

São devidos **emolumentos** (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 31 de Março de 2009.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares – relator)

(Helena Abreu Lopes)



Tribunal de Contas

(João Figueiredo)

Fui presente,

O Procurador-Geral Adjunto

(Daciano Pinto)