



ACÓRDÃO N.º 73/2009 - 15.Abr.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 124/09)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Anulabilidade / Comissão de Acompanhamento / Designação / Empreitada de Obras Públicas / Fundamentação Legal / Marcas e Patentes / Princípio da Imparcialidade / Recusa de Visto / Relatório / Vício de Forma

SUMÁRIO:

1. A inclusão, no mapa de quantidades de trabalhos, de marcas comerciais, não acompanhadas das expressões “tipo” ou “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.
2. A nomeação das comissões de acompanhamento do concurso, por um período de tempo indeterminado, e não, especificamente, para o procedimento que antecedeu o contrato, viola o disposto no art.º 60.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, permitindo, em abstracto, a formação de laços de amizade/cumplicidade entre os seus membros, e entre estes e alguns concorrentes, circunstância que poderá potenciar o favorecimento/desfavorecimento de alguns concorrentes em relação a outros e, conseqüentemente, a violação do princípio da imparcialidade (cfr. arts. 6.º do Código do Procedimento Administrativo e 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 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).
3. A falta de fundamentação do relatório de análise das propostas, ao não permitir que um destinatário normal possa perceber o percurso cognoscitivo da comissão de análise das propostas, para chegar à



pontuação atribuída ao factor do critério de adjudicação “Valor Técnico da Proposta”, configura um acto eivado de vício de forma, por falta de fundamentação, o que acarreta a sua anulabilidade (cfr. arts. 100.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e 125.º do Código do Procedimento Administrativo).

4. As ilegalidades mencionadas são susceptíveis 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.
5. Não estando demonstrada a ocorrência de uma efectiva alteração do resultado financeiro do contrato, mas tendo sido já a entidade adjudicante objecto de várias recomendações relativamente à proibição da inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das menções “tipo” ou “ou equivalente” e à falta de fundamentação do relatório de análise de propostas, não se consideram preenchidos os pressupostos da concessão do visto com recomendações, prevista no n.º 4 do referido preceito legal.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Transitou em julgado em 07/05/09

ACÓRDÃO Nº 73 /09 - 15Abr. 09/1ª S/SS

Proc. nº 124/09

I - RELATÓRIO

A **Câmara Municipal da Maia** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada, celebrado em 14-01-2009, com a sociedade “**SEC – Sociedade Empreitadas Construções, Lda.**” pelo valor de €428.534,51 acrescido de IVA, tendo por objecto as “Obras de beneficiação do Edifício Municipal sito à Rua D. Manuel II, integrado na zona desportiva central do Município, na Freguesia de Vermoim, incluindo a aquisição de equipamentos que se tornem necessários – Centro escolar D. Manuel I”.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além dos factos referidos em 1 relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:

- A)** O contrato foi precedido de concurso público, **aberto por deliberação da Câmara Municipal datada de 3 de Julho de 2008**, cujo aviso de abertura foi publicado no Diário da República, 2ª série, de 17-07-2008 e nos Jornais “*Jornal de Notícias*” e “*Correio da Manhã*”, de 12-07-2008 como obriga o nº1, do artigo 52º do DL nº 59/99 de 2 de Março;
- B)** Ao concurso apresentaram-se 3 concorrentes;
- C)** O prazo de execução da obra é de 15 meses;



Tribunal de Contas

- D)** A consignação da obra ocorreu em 15 de Janeiro de 2009;
- E)** A empreitada é por série de preços;
- F)** De acordo com o ponto 21.1 do Programa de Concurso, o critério de adjudicação considera a ponderação dos seguintes factores e subfactores:
- 1 – Preço – 40%;
 - 2 – Valor técnico da proposta – 60%
 - a) Nota justificativa do preço proposto – 5%;
 - b) Lista de preços unitários – 10%;
 - c) Programa de trabalhos que inclui – 30%:
 - Plano de trabalhos – 10%
 - Plano de mão-de-obra – 10%;
 - Plano de equipamento – 10%
 - d) Plano de pagamentos – 5%;
 - e) Memória descritiva e justificativa – 10%.
- G)** No Mapa de Quantidades de Trabalho são referenciadas marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”, conforme se indica nos pontos seguintes:
- 6.1 BOLTHERM,SIKA-TROCAL,ROOFMATE-DAW,SIKAPLAN;
 - 8.1.3 WEBER & BROUTIN;
 - 15.1, 15.2 e 15.3 CIN;
 - 16.1 HAVER & BOECKER.
- H)** Questionado o Município da Maia sobre a matéria constante da alínea anterior e sua compatibilização com o disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65.º, do DL n.º 59/99 de 2 de Março, veio o mesmo dizer, o seguinte:

“De facto, conforme V.Ex.as bem o reconheceram, no caderno de encargos da empreitada ora em apreço, consagra a referência a marcas sem a designação de “tipo” e/ou “equivalente”.

No entanto, há que salientar, desde já, que atento a envergadura da empreitada, nomeadamente, as centenas de artigos que o compõem, verifica-se que a designação de marcas comerciais sem a expressão do “tipo” ou



“equivalente” têm um carácter residual face ao mapa de quantidades patenteado a concurso.

Todavia, salvo o devido respeito, que é todo, o caderno de encargos e os demais documentos fornecidos por esta Câmara Municipal para a presente empreitada foram fornecidos a todos os interessados de modo uniforme e igualitário. Ou seja, os concorrentes na presente empreitada apresentaram-se a concurso todos em igualdade de circunstâncias, bem como estava ao alcance de todos, os elementos considerados necessários e imprescindíveis para a elaboração das suas propostas.

Ora, como se referiu em supra, as marcas comerciais sem a menção do “tipo” ou “equivalente” são, na verdade, de carácter residual, atendendo à amplitude do projecto, da sua componente financeira, bem como a sua importância vital no desenvolvimento da rede escolar municipal.

Desde logo, analisadas as marcas comerciais sem a expressão do “tipo” ou “equivalente”, que estão contidas no caderno de encargos, estas apenas ascendem a 11,93% do valor do contrato de empreitada, isto é, € 51.128,97.

Na verdade, a proibição da norma do artigo 65º, nº 5 e 6 do Decreto-lei nº 59/99, de 2 de Março tem como escopo que não haja, de forma directa ou indirecta, a tentativa do dono da obra de restringir ou diminuir o universo dos potenciais concorrentes e, conseqüentemente, poder ocorrer a alteração do resultado financeiro do contrato.

De facto, esta situação de restrição ou de diminuição do universo dos potenciais concorrentes não se verificou de todo no presente procedimento concursal.

Todavia, como se aludiu em supra, atendendo às centenas de artigos que compõem o mapa de quantidades posto a concurso com a expressão do tipo” ou “equivalente”, os poucos artigos, no qual não consta a referida expressão. Daqui se infere, que houve de facto um lapso de escrita ou informático, que naqueles concretos artigos não fez constar a



expressão “tipo” ou “equivalente” para a marca comercial designada.

Aliás, salvo melhor entendimento, não faz sentido ou é manifestamente absurdo que o dono da obra (Câmara Municipal da Maia) estipulasse nuns artigos uma determinada marca comercial sem a designação da expressão “tipo” ou “equivalente”, e noutras que retrata o mesmo objecto ou materiais ali designados não colocasse a referida expressão com uma intenção de restringir ou diminuir os potenciais concorrentes.

Na verdade, por força do dispositivo legal citado, a Câmara estaria a afastar, deste modo, e de uma forma intencional, determinados concorrentes ou a mesma tivesse a intenção com um fim discriminatório de os afastar, mas, de facto, não ocorreu, nem foi, nem será pretensão do Município.

Deste modo, nada mais resta à Câmara Municipal da Maia do que reiterar o que já aludira anteriormente, que não fez qualquer tentativa de restringir o acesso ao concurso de potenciais concorrentes, bem como não produziu qualquer comportamento que pudesse, porventura, de forma directa, quer indirecta de cercear o acesso dos potenciais concorrentes com o intuito de os discriminar.

Neste sentido, a Câmara Municipal da Maia continua a propugnar que a menção de marcas comerciais sem a expressão “tipo” ou “equivalente” no mapa de trabalhos patentado a concurso, tratou-se de um lapso de escrita ou informático, bem como o valor dos artigos constantes do mapa de quantidades terem um carácter residual face ao valor da adjudicação (11,93%) ”.

- I) O Município da Maia, relativamente a esta matéria já foi objecto de três recomendações deste Tribunal, anteriores à autorização da Câmara Municipal, para abertura do presente procedimento (**duas**, através dos Acórdãos n.ºs 62/2005-5Abr/05-1.ªS/SS, e 137/06-26Abr/06-1.ªS/SS e **uma**, através da Decisão n.º 463/2005-1.ªS/SDV,



Tribunal de Contas

proferida em S.D.V em 16 de Maio de 2005)¹, e teve dois contratos a que foi recusado o visto (Acórdãos n.º 38/2009-18.Fev.09-1ªS/SS, e Acórdão n.º 42/2009-25.Fev.09-1ªS/SS), **cujos acórdãos ainda não transitaram em julgado**, por terem sido interpostos recursos jurisdicionais;

J) As comissões de Abertura do concurso e de Análise das propostas foram nomeadas em reunião extraordinária da Câmara Municipal da Maia, havida em 2 de Janeiro de 2008, por um período de tempo indeterminado, e não especificamente para o procedimento que antecedeu o presente contrato.

K) Questionada a Autarquia da Maia sobre a legalidade da matéria referida na alínea anterior, designadamente sobre a sua compatibilização com o artigo 60.º, n.º1 do DL n.º 59/99 de 2 de Março, veio a mesma dizer, o seguinte:

“No que concerne à questão que V. Ex.ªs formulam sobre a possibilidade das comissões de abertura e de análise de propostas serem designadas para todos os procedimentos que vierem a ser abertos num período temporal indeterminado, esta hipótese não se coloca no caso em apreço.

Ora, salvo o devido respeito, não se afigura do artigo 60.º uma “obrigatoriedade legal” de constituição das comissões procedimento a procedimento, como acontece, agora, nos procedimentos de formação dos contratos plasmado no Código dos Contratos Públicos.

¹ **No Acórdão n.º 62/2005**, relativamente a um concurso aberto por deliberação da Câmara Municipal da Maia, datada de **2 de Junho de 2003**, cujo aviso de abertura foi publicado em D.R. 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 de 16 de Maio 1ª S/SDV, sobre um procedimento aberto por deliberação da Câmara Municipal da Maia, datada de **3 de Julho de 2003**, cujo aviso de abertura foi publicado em D.R. em 30 de Outubro de 2003”. Esta Decisão foi notificada à autarquia em **16 de Maio de 2005.**

No Acórdão n.º 137/06, apreciando um concurso aberto por deliberação da Câmara Municipal da Maia, datada de **3 de Julho de 2003**, cujo aviso de abertura foi publicado em 12 de Setembro de 2003, 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 2006.**



No entanto, há que referir que nomeação das comissões de acompanhamento para a formação do contrato, da leitura da deliberação referida em supra, retira-se que se encontrava balizada no tempo, ou seja, no período temporal do ano de 2008.

Com efeito, as garantias de imparcialidade previstas nos artigos 44º a 51º do Código do Procedimento Administrativo encontravam-se, naquela fase processual de formação dos contratos à disposição dos eventuais concorrentes, na medida em que estes tomaram prévio conhecimento da constituição das respectivas comissões.

Na verdade, todos os actos praticados pelas Comissões de Acompanhamento dos concursos estavam devidamente identificados para que os potenciais concorrentes pudessem arguir qualquer impedimento ou imparcialidade dos actos praticados por essas comissões.

Aliás, Jorge Andrade da Silva in “Regime Jurídico das Empreitadas das Obras Públicas” 6 edição Anotada e Comentada, pág. 164, considera na anotação ao artigo 60º que “(...)parece que a constituição destas comissões deverá ser estabelecida(...)” (sublinhado nosso).

Daqui se infere, que não é taxativamente obrigatório que as nomeações das comissões de acompanhamento sejam designadas procedimento a procedimento.

Todavia, face ao que se disse em supra, poder-se-á dizer que a identificação dos membros que constituem as comissões foram efectuadas ex ante.

A Câmara Municipal da Maia agiu, de molde que os potenciais interessados, isto é, a comunidade tivesse conhecimento prévio das pessoas que compunham as respectivas comissões de acompanhamento, com o intuito de salvaguardar o princípio da imparcialidade e da isenção.

Aliás, da deliberação camarária que nomeou as comissões de acompanhamento encontram-se identificadas as referidas comissões, bem como as pessoas que a integram.

Mas, mesmo que a nomeação das comissões tivesse que ser procedimento a procedimento poderia configurar um facto censurável, não nos parecendo que a gravidade seja tal, que a decisão possa influir de forma substancial a alterar o resultado financeiro do contrato com todas as consequências



que dai podem advir, conforme e alcança pelo artigo 45º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto”.

- L) O Município da Maia, sobre esta matéria, já foi objecto de uma recomendação formulada em S.D.V. (Decisão nº 193/09, de 20 de Fevereiro de 2009), proferida em data posterior à da abertura do procedimento em apreço;
- M) O Relatório de Análise das Propostas, relativamente à apreciação do factor do critério de adjudicação “Valor Técnico da Proposta”, ponderado com 60%, e no que se refere aos seus diversos subfactores, (para os quais se estabelecia uma pontuação de 0 a 20 pontos), apenas contém a atribuição de uma pontuação numérica, não contendo qualquer fundamentação para a atribuição dessa pontuação;
- N) Questionada a Autarquia sobre a razão pela qual ocorreu a situação mencionada na alínea anterior, veio a mesma dizer, em síntese, o seguinte:

“O Programa de Concurso em apreço estabelece no seu ponto n.º 21 os critérios de adjudicação das propostas para efeitos de graduação dos concorrentes.

Os critérios aí definidos vão de encontro ao artigo 105º do Decreto-lei n.º 59/99, de 02 de Março. Ou seja, o critério no qual se baseia a adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, implicando a ponderação de factores variáveis, designadamente o preço e o valor técnico da proposta e respectivos subfactores.

Ora, com a publicação do diploma supra citado, ao n.º 1 do artigo 105º foi acrescentado o termo economicamente, a exemplo do que consta na Directiva da Coordenação dos Processos (artigo 30º, n.º 1, alínea b) e do que tem sucedido com os diplomas legais reguladores das despesas públicas. Não obstante, a fórmula adoptada é geradora de dúvidas pois que, como muito bem dizem M. e R. Esteves de Oliveira “apurar qual a proposta economicamente mais vantajosa em função de diversos factores de apreciação — por exemplo, o preço, a qualidade técnica, os prazos de entrega ou as



garantias de execução — não é a mesma coisa que determinar qual é a proposta mais vantajosa, em termos globais, em função desses mesmos factores”.

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”.

Assim sendo, a pontuação atribuir a cada factor e os subfactores do critério de adjudicação teria uma sequência lógica do melhor para o inferior, sendo que 20 corresponderia ao melhor e o 0 ao pior.

Com efeito, assim procedeu a Comissão de Análise de Propostas quanto a avaliação das propostas dos concorrentes.

Na verdade, a Comissão de Análise apreciou cada uma de per si e valorizou-as de harmonia com os factores e subfactores e a respectiva ponderação, esta também de harmonia com o pré-estabelecido e que consta do programa de concurso. Aliás, é de acordo com os resultados assim obtidos que se procedeu à ordenação para efeitos de adjudicação.

É óbvio, que tais valores se encontram em anexo ao relatório de análise de propostas com os respectivos valores atribuídos, bem como à fórmula matemática que produz o resultado final de todos os factores e subfactores analisados.

Ora, salvaguardando o devido respeito, que é todo, resulta que o relatório de fundamentação da análise das propostas está fundamentado por critérios objectivos. Ou seja, pela externalização das razões que são postas no quadro referido em supra, na qual consta a sua pontuação atribuída



aos concorrentes aquando da apresentação da sua proposta no procedimento concursal.

Além disso, decorre do procedimento concursal, na medida em que nenhum dos concorrentes apresentou qualquer reclamação, bem como não existiu qualquer acção de impugnação de acto administrativo praticado no âmbito do presente procedimento através da acção administrativa especial, nos termos do disposto no artigo 50º conjugado com o artigo 46º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos.

Por conseguinte, salvaguardando melhor entendimento, as razões de facto e direito determinantes da decisão administrativa de adjudicar na presente empreitada foi suficientemente clara para os concorrentes entenderem o alcance de tal acto. Porquanto, um dos objectivos essenciais da fundamentação dos actos administrativos é saber, se um homem médio colocado nesse cenário, estava habilitado a entender ou não a decisão de adjudicação e, conseqüentemente, saber reagir com os mecanismos legais ao seu dispor para afastar um acto que na seu entendimento não seria claro e devidamente fundamentado.

Com efeito, salvo o devido respeito, que é todo, também aqui, afigura-se-nos que a decisão de adjudicar se encontra fundamentada pelos valores inscrito no quadro resumo dos factores e subfactores dos critérios de adjudicação postos previamente a concurso”.

- O)** O Município da Maia, relativamente à matéria em causa - fundamentação do relatório de Análise de Proposta - foi, igualmente, objecto de duas recomendações em S.D.V., formuladas através das Decisões n.ºs 174/08, de 11 de Março de 2008 e 193/09, de 20 de Fevereiro de 2009, sendo a primeira anterior à data de abertura do procedimento em apreço.



III – O DIREITO

1. Da violação do disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março (alínea H) do probatório]:

Determinam os n.ºs 5 e 6, do art.º 65.º do DL 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 (n.º 5), 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” (n.º 6).*

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

Resulta dos autos e da matéria de facto dada como assente que, no ponto acima indicado do mapa de quantidades, constam referências a marcas comerciais sem que estas se mostrem acompanhadas das expressões “do tipo” ou “ou equivalente”.

Por outro lado, e tal como resulta do n.º 7 do art.º 65.º do DL 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 exemplificativa².

Ora, se a lei quis claramente 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 concursal³.

² Vide Acórdãos do Tribunal de Contas, de 21 de Dezembro de 2006- 1.ªS/PL, in R.O. n.º 36/06, de 12 de Junho de 2007, 1.ª S-PL, in R.O. n.º 9/2007, e de 12 de Junho de 2007, 1.ª/SS, in processo n.º 430/2007.

³ Vide Acórdãos supra referidos.



Entende-se, por isso, que a proibição a que se reportam os n.ºs 5 e 6 do art.º 65.º se deve entender como extensiva a qualquer peça processual^{4, 5};

Conclui-se, assim, pela violação do supra referido normativo.

2. Da violação do disposto no n.º 2, do artigo 100.º, do D.L. n.º 59/99, de 2 de Março e nos artigos 124.º e 125.º do CPA (alínea O) do probatório)

Acerca desta questão, reafirma-se o que se escreveu no Acórdão n.º 128/08-28.Out-1.ªS/SS:

“O artigo 100.º do DL n.º 59/99 de 2 de Março, sob a epígrafe “Relatório”, dispõe no seu n.º1, que as propostas dos concorrentes qualificados devem ser analisadas em função do critério de adjudicação estabelecido.

Por seu lado, o n.º2, do mesmo normativo, refere que 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.

O dever de fundamentação dos actos administrativos 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)⁶, um acto estará devidamente fundamentado sempre que um destinatário normal possa ficar ciente do sentido dessa mesma decisão, bem como das razões de facto e de direito que a sustentam, permitindo-

⁴ Cfr, a propósito, Processo Bent Moustén Vestergaard, parágrafos 21 a 24, e a comunicação interpretativa da Comissão sobre a facilitação do acesso de produtos aos mercados de outros Estados-Membros, JO C 265 de 4.11.2003, p.2; ver ainda Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas Directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (2006/C 179/02)

⁵ Vide Acórdãos do Tribunal de Contas, proferido no R.O. n.º 9/07, de 12 de Junho de 2007, e o proferido no proc. N.º 430/2007, de 12 de Junho de 2007.

⁶ Vide, entre muito Acórdãos, os Acórdãos do STSA de 30 de Outubro de 1990, in AD 351, pág. 339; de 7 de Março de 1995, in proc. 30 275, de 26 de Março de 1996, in Processo n.º 34 024 e de 21 de Maio de 2008, in Processo n.º 724/07; vide também Acórdão n.º 92/08, de 7 de Julho de 2008, da 1.ª Secção do Tribunal de Contas



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 125.º, n.º1, 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 100.º, n.º2, do DL n.º 59/99 de 2 de Março e 125.º 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.”

No caso em apreço, não se consegue descortinar qual o itinerário cognoscitivo e valorativo que permitiu à entidade administrativa classificar diferentemente cada proposta em termos de comparabilidade com as demais, nem a motivação que conduziu à atribuição em concreto da pontuação descrita na metodologia fixada.

Estamos, assim, perante uma fundamentação claramente insuficiente, o que equivale a falta de fundamentação (art.º 125.º, n.º 2, do CPA).

3. Da violação do disposto no n.º 1 do artigo 60.º, do D.L. n.º 59/99, de 2 de Março (alínea L) do probatório)

Dispõe o n.º 1 do art.º 60.º do DL 59/99, de 2 de Março, sob a epígrafe “*Comissões de Acompanhamento do Concurso*” que, “*Serão constituídas duas comissões, uma que supervisionará as fases do concurso mencionadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo anterior, designada “comissão de*



Tribunal de Contas

abertura do concurso” e uma segunda que supervisionará as restantes fases, até à conclusão do concurso, designada “comissão de análise das propostas”.

Por seu turno, dispõe o nº 2 do referido preceito que “As comissões são compostas, no mínimo, por três membros, todos designados pelo dono da obra, e podem agregar peritos, sem direito a voto, para a emissão de pareceres em áreas especializadas.”

Visa este normativo que as referidas comissões – designadas pelo dono da obra – sejam constituídas por membros designados procedimento a procedimento, de onde conste a identificação de cada um dos membros das referidas comissões.

No caso dos autos, foram identificados os membros das referidas comissões, contudo, **não** foram designados procedimento a procedimento, como resulta da interpretação que do referido preceito temos por correcta, mas designados para todos os procedimentos que vierem a ser abertos a partir daquela data.

Ora:

a) A epígrafe do artigo aponta no sentido aqui propugnado, já que se reporta às comissões de acompanhamento **do concurso**, o que inculca, desde logo, a ideia que as referidas comissões terão que ser designadas por referência a um **procedimento em concreto**, e não para todos e quaisquer procedimentos concursais;

b) Daí que os diversos números do referido artigo devam ser analisados em conformidade;

c) As comissões de acompanhamento são órgãos administrativos “ad hoc” administrativamente inseridos no Município e não comissões de acompanhamento permanentes, mesmo que de carácter temporário;

d) A designação de comissões de acompanhamento com carácter permanente, nos termos supra referidos, permite, em abstracto, que se consolidem laços de cumplicidade perniciosos em sede de procedimentos concursais – quer por via directa ou indirecta – entre os membros das comissões de acompanhamento e potenciais concorrentes, o que, em abstracto, poderá potenciar o favorecimento/desfavorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros e, conseqüentemente, **violar o princípio da imparcialidade** (art., ° 6.º do CPA e 11.º, n.º 1, do DL 197/99, 08/06).

Conclui-se, assim, pela violação do supra referido normativo.



4. Das consequências decorrentes da violação dos citados normativos no acto de adjudicação e consequente contrato

As ilegalidades constatadas não são geradoras de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3, do art.º 44.º, da Lei 98/97, com a nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto), **porquanto**:

- Os vícios supra identificados não estão previstos no n.º 2, do art.º 133.º do CPA;
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aqueles vícios, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1, do art.º 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 art.º 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA)⁷.

Não sendo tais ilegalidades geradoras de nulidade, **só podem as mesmas ser geradoras de anulabilidade** (vide art.º 135.º do CPA).

Afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art.º 44 da Lei 98/97, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e, tendo nós dado por assente que as violações de lei ocorridas são geradoras de anulabilidade, importa, agora, analisar se as situações em análise são enquadráveis no disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo normativo.

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

Muito embora não resulte dos autos que das violações daqueles preceitos tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, não temos dúvida em afirmar que, o facto dos membros das comissões não serem designados procedimento a procedimento é susceptível de, em abstracto, potenciar o favorecimento/desfavorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros.

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



Por outro lado, e também, de acordo com o explanado no mencionado Acórdão n.º 128/2008, que “(...) *no que toca à falta de fundamentação do Relatório de Análise das Propostas, uma vez que tal omissão não permite aferir do acerto da pontuação atribuída ao factor do critério de adjudicação “Valia Técnica da Proposta”, isso pode permitir, ou originar, a possibilidade de “afeiçoamento” da ordenação/classificação das propostas*” **com a inerente susceptibilidade de violação dos princípios da imparcialidade e transparência** (artigos 11.º, n.º 1, e 8.º, n.º 3, ambos do DL 197/99, de 8 de Junho), e, **por essa via, da alteração do resultado financeiro do contrato.**

Anote-se, a propósito, que, para efeitos da aplicação da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto, quando aí se diz “*Ilegalidade que... 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 (vide ponto 3.1., *in fine*).

5. É certo que, no caso *sub judice*, não está adquirida a ocorrência de uma efectiva alteração do resultado financeiro do contrato.

Porém, e com se deixou assente na alínea **I**) do probatório, o Município da Maia já foi objecto de 3 (três) recomendações deste Tribunal relativamente à proibição da inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “tipo” ou “ou equivalente”.

Não obstante, a Autarquia persiste em não alterar os procedimentos nesta matéria.

O mesmo se dirá relativamente à falta de fundamentação do Relatório de Análise das Propostas, matéria em que o Município da Maia já foi objecto de uma recomendação formulada em sessão diária de visto, como resulta da matéria de facto dada por assente na alínea **O**) do probatório e em que se verifica que continua a incorrer na mesma ilegalidade.

Nestas circunstâncias, entende-se não estarem reunidos os pressupostos que permitiriam a concessão do visto ao presente contrato, com a formulação de nova recomendação, no uso da faculdade prevista no n.º 4, do artigo 44.º, da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.



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 presente contrato.

São devidos emolumentos (n.º 3, do artigo 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 15 de Abril de 2009

Os Juízes Conselheiros

António Santos Soares

Helena Abreu Lopes

Helena Ferreira Lopes

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)



P. n.º 124/09

Declaração de voto vencida

Voto vencida pelas seguintes razões:

- 1) Não está adquirida a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro do contrato;
- 2) Quando a entidade adjudicante foi notificada do Acórdão n.º 62/2005, de 5 de Abril 2005, já tinha sido aberto o processo concursal relativamente à empreitada que deu origem ao Acórdão n.º 137/06, de 26 de Abril, pelo que, em bom rigor, o único não acatamento da recomendação relativa ao não cumprimento do estatuído nos n.ºs 5 e 6 do artigo 65º do DL n.º 59/99, de 2 de Março, só, agora, se pode dar como verificado (vide alínea I) do probatório e notas de pé de página);
- 3) E, embora o não acatamento de uma recomendação do Tribunal de Contas seja um facto censurável, afigura-se-nos que a recusa do visto ao contrato com todas as consequências que daí podem advir – **vide art.º 45.º da Lei 98/97, de 26/08** -, é, neste circunstancialismo - a existência de uma única recomendação não acatada e o grau de gravidade de ilegalidade verificada⁸ -, **desproporcionada e desadequada, o que nos convoca para uma interpretação inconstitucional do art.º 44.º, n.º 3, alínea c) da Lei 98/97, de 26 de Agosto, por violação do art.º 18.º, n.º 2, da CRP.**

⁸ Na verdade, esta ilegalidade, embora possa, em abstracto, conduzir a um cerceamento da concorrência, este cerceamento não tem uma extensão suficientemente grave que justifique, atenta a fundamentação supra, uma recusa do visto ao contrato.



Em face do exposto, entendo que o contrato deveria ter sido visado com as seguintes recomendações:

- Cumprimento, em empreitadas futuras, do que legalmente se encontra estatuído nos nºs 12 e 13 do art.º 49, nº 1 do art.º 67º, nºs 1 e 2 do art.º 146.º e nº 1 do art.º 148.º, todos, do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/08, de 29 de Janeiro (normas equivalentes às dos nºs 5 e 6 do artigo 65 do D.L. nº 59/99, nº 1, do art.º 60º e do n.º 2, do art.º 100.º, todos, do DL 59/99, de 2 de Março), bem como do art.º 125.º do CPA.

Lisboa, 15 de Abril de 2009

A Juíza Conselheira

Helena Ferreira Lopes