



# Tribunal de Contas

---

ACÓRDÃO N.º 75/2009 - 15.Abr.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 181/2009)

**DESCRITORES:** Adjudicação / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Empreitada de Obras Públicas / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Princípio da Imparcialidade / Recusa de Visto / Violação da Lei

## SUMÁRIO:

1. À data da abertura do concurso e das peças concursais - programa do concurso e caderno de encargos - o único sócio da sociedade adjudicatária era membro do Conselho de Administração da sociedade adjudicante;
2. Nestas circunstâncias, haverá ou “pairará” sempre a suspeita de que o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos foram feitos “à medida” da sociedade adjudicatária, já que o seu único sócio por certo que terá participado na elaboração daquelas peças concursais (ou mesmo que não tivesse participado ou conhecido podia e devia ter conhecido) com vantagem sobre os demais concorrentes, podendo, por esta via, adequar aquelas peças procedimentais ao conteúdo da proposta por si a apresentar, por forma a que a obra lhe fosse adjudicada, ou lhe fosse adjudicada com um grande grau de probabilidade.
3. Ao admitir a concurso a sociedade adjudicatária, a entidade adjudicante incorreu em vício de violação de lei do art.º 58.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e ponto 8.1. do Programa do Concurso, bem como dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência (vide arts. 9.º e 10.º do Decreto-lei n.º 197/99, de 8 de Junho, aplicável “ex vi” do art.º 4.º, n.º 1 do mesmo diploma legal, e art.º 266.º, n.º 2 da CRP).



# Tribunal de Contas

---

4. O vício de violação de lei mencionado, bem como a violação dos princípios supra referidos são fundamento de recusa de visto por violarem o núcleo central dos princípios da contratação pública, que são susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato (art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto).

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



Transitou em julgado em

06/05/09

## ACÓRDÃO N.º 75 /09 – 15ABR09-1.ª S/SS

Processo nº 181/09

### 1. RELATÓRIO

1.1. A **Empresa Municipal de Infra-Estruturas da Azambuja, E.M.**, (doravante designada por **EMIA**) remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada denominado de “Escola Básica I Jardim de Infância da Azambuja”, E.M., que celebrou, em 14 de Janeiro de 2009, com a sociedade “**Construções Torrão de Sérgio Fernandes Torrão**”, empresário em nome individual, pelo valor de 2 303 106,19€, sem IVA.

1.2 Para além dos factos referidos em 1., relevam para a decisão os seguintes factos:

**A)** A empresa que figura como dono de obra é uma **empresa municipal**, constituída nos termos do disposto no n.º 3 alínea a) do art. 1º da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto (Lei-Quadro das empresas municipais, intermunicipais e regionais);

**B)** Reveste a natureza jurídica de uma pessoa colectiva pública, nos termos do art. 1º n.º 1 dos seus Estatutos;



**C)** O objecto social da empresa consiste na concepção, fiscalização e execução de infra-estruturas de carácter municipal, saneamento básico, reparação de vias de comunicação, construção e reparação de edifícios e execução de arruamentos, assim como todas as obras que sejam de carácter municipal (vide artigo 4.º dos Estatutos, após alteração);

**D)** Através da escritura de constituição da EMIA, publicada no D.R., III Série de 18OUT2004 e posterior rectificação ao pacto social, publicada no D.R., III Série, de 23DEZ2004, verifica-se que a EMIA é constituída pelo Município da Azambuja e pelas empresas ACORIL e o empresário em nome individual, ora adjudicatário da presente empreitada, **Sérgio Fernandes Torrão**;

**E)** O capital é de 250.000,00 €, integralmente realizado e subscrito, nos seguintes termos: **(i)** 51% de capital subscrito pelo Município da Azambuja; **(ii)** 49% do capital subscrito, em partes iguais, de 24,5% pela sociedade ACORIL – Empreiteiros, S.A., e por **Sérgio Fernandes Torrão**

**F)** A empresa tem como órgãos sociais: o Conselho de Administração, o Fiscal Único e o Conselho Geral (vd. art. 10º e seguintes dos Estatutos).

**G)** Dos elementos relativos ao procedimento concursal e contrato, importa referir os seguintes:



## Tribunal de Contas

Objecto	Execução de Obras de “ <b>Escola Básica I e jardim de Infância de Azambuja</b> ”
Tipo de Procedimento	Concurso público - <b>abertura do procedimento autorizado por deliberação do CA da EMIA, de 8ABR2008</b> (doc. de fls. 45 a 47)
Tipo de empreitada	Série de Preços
Publicitação	D.R. 2. <sup>a</sup> Série, n.º 107, de <b>04.06.08</b> e demais publicações exigidas pelo DL 59/99, de 2/3
Preço-base	3 100 000,00 Euros
Critério de adjudicação	- Qualidade Técnica da Proposta – 40% - Preço da proposta – 60%
N.º de Concorrentes	10
Exclusões	Não
Data da adjudicação	<b>11DEZ08, pelo CA da EMIA</b>
Data do contrato	<b>14JAN09</b>
Valor contratual	2 303 106,19 Euros
Prazo de execução	365 Dias
Data da consignação	5 de Fevereiro de 2009

H) **Sérgio Fernandes Torrão** vendeu, **em 16SET2008**, através de contrato de compra e venda de acções, **a sua participação social na EMIA ao Município da Azambuja, pelo preço global de 80 000,00 €**,



## Tribunal de Contas

---

tendo renunciado ao cargo de Administrador da EMIA, em 15OUT2008 (vide documentos de fls. 179 a 181);

**I) Sérgio Fernandes Torrão era, à data da abertura do concurso e da consequente aprovação das peças procedimentais, ocorrida em 8ABR2008, - v.g. Programa do Concurso e Caderno de Encargos - e da data da apresentação das propostas, ocorrida em 14JUL2008, membro do Conselho de Administração da EMIA, sociedade adjudicante – vide documentos de fls. 45 a 47, de fls. 63 e 64 e de fls. 51 e 52;**

**J) Sérgio Fernandes Torrão**, na qualidade de Administrador da EMIA, participou na Acta de fls. 45 a 47, datada de 8 de Abril de 2008, onde, *inter alia*, se diz:

**“Ponto Cinco: Ponto de Situação de Diversas Obras.**

(...)

***Relativamente a este ponto de ordem, informou o responsável técnico da Empresa que se encontravam prontos os processos para lançamento do procedimento com vista à execução das empreitadas Escola Básica e Jardim de Infância de Azambuja por Concurso Público***

***e a Empreitada da Casa Colombo em Vale do Paraíso por Concurso Limitado.”;***

**L)** A sociedade adjudicatária, tal como as restantes sociedades concorrentes examinaram todas as propostas, sendo certo que, à data da abertura das propostas – 14JUL2008 – Sérgio Fernandes Torrão ainda era membro do Conselho de Administração da EMIA (vide doc. de fls. 63 e 64 e alínea I) do probatório);



**M)** A sociedade em nome individual denominada “Construções Torrão de Sérgio Fernandes Torrão” já havia concorrido com esta denominação social a um concurso limitado com publicação de anúncio em 2005, em que a entidade adjudicante era a Câmara Municipal de Salvaterra de Magos, conforme se pode ver no D.R., II Série, n.º 60, de 24 de Março de 2006;

**N)** Sérgio Fernandes Torrão **não participou** na deliberação de adjudicação nem na outorga do contrato, datadas, respectivamente, de 11DEZ2008 e 14JAN2009 (doc. de fls. 119 e 120);

**O) No ponto 8 do Programa do Concurso, sob a epígrafe “Concorrência”, diz-se**

“8.1. A prática de actos ou acordos susceptíveis de falsear as regras da concorrência têm como consequências as prescritas no art.º 58.º do DL 59/99, de 2 de Março.

8.2. A ocorrência de qualquer desses factos será comunicada pelo dono da obra ao Instituto da Construção e do Imobiliário (INCI).”.

**P)** Houve uma reclamação em sede de Acto Público por parte do concorrente JMSF, na qual pedia que a sociedade ora adjudicatária fosse excluída do concurso com o fundamento de que o mesmo se encontrava legalmente impedido de celebrar durante o exercício do respectivo mandato quaisquer contratos de prestação de serviços com a empresa municipal onde era administrador executivo em exercício, sob cominação de não estarem asseguradas as garantias de imparcialidade e, não só na apreciação prévia mas ao longo de todo o processo, de prossecução do fim e interesse público. Para tanto, invocou a violação dos artigos 6.º do DL 59/99 e do art.º 22.º do DL 71/2007, de 27 de Março (fls. 90 a 93);



## Tribunal de Contas

---

**Q)** A referida reclamação foi indeferida com os seguintes fundamentos:

*"(a) Sendo o Estatuto do Gestor público – Decreto-Lei n.º 71/2007 de 27 de Março -, aplicável ao concorrente “Construções Torrão” – Sérgio Fernandes Torrão -, enquanto titular de um órgão de gestão na Empresa Municipal de Infra-estruturas de Azambuja, por força do disposto no artigo 47.º n.º 4 da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro de 2006, designadamente o estipulado no artigo 22.º n.º 8 do mencionado Estatuto, não impede ou inibe aquele de concorrer ao concurso público lançado pela EMIA. Porquanto, no caso vertente, o concorrente não é oponente a qualquer procedimento concursal de fornecimento de bens ou serviços, nem tão pouco o “Concurso Público para a Empreitada de Construção da Escola Básica I e Jardim de Infância de Azambuja” se encontra em fase de celebração de contrato - vide artigo 8.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 28/95, de 18 de Agosto;"*

**R)** Em face do indeferimento desta reclamação, foi interposto pelo concorrente acima identificado recurso hierárquico com fundamentos idênticos;

**S)** O referido recurso hierárquico foi indeferido liminarmente, por extemporâneo (doc. de fls. 101);

**T)** A entidade adjudicante, ou seja, o dono da obra, no caso, representado pelo Conselho de Administração da EMIA (vide art.º 7.º, n.º 3, do DL 59/99, de 2/3) não foi a entidade que procedeu à nomeação das Comissões de Acompanhamento do Concurso, nos termos do disposto no art.º 60.º, n.º 2, do DL 59/99, de 2/3, mas antes o seu Presidente, através de despacho proferido em 2 de Julho de 2008, conforme se pode ver de fls. 48;



**U)** Em face da alínea que antecede, foi a entidade adjudicante questionada sobre a legalidade de tal procedimento, tendo invocado que o Senhor Presidente do C.A. detinha competência para a prática de tal acto, ao abrigo do artigo 19.º conjugado com o art.º 4.º, ponto n.º 1 dos Estatutos e ponto n.º 2 da Acta n.º 1 do Conselho de Administração;

**V)** Verificando que o método de ponderação dos factores do critério de Análise de Propostas foi estabelecido, através de Acta de 12/06/2008 (fls. 233 a 236), ou seja, após a publicação do anúncio no Diário da República, e em violação do ponto 21 do Programa do Concurso, questionou-se a entidade adjudicante sobre a legalidade de tal procedimento;

**X)** Na sequência do referido na alínea que antecede, veio a referida entidade dizer, em síntese, o seguinte: *“Como o Diário da República publicou o anúncio uma semana antes do que nos tinha sido informado telefonicamente e um dos membros da Comissão de Análise estava de férias, essa acta de definição dos sub-factores só foi assinada em 12.06.2008”*;

**Z)** Verificando que, no Relatório de Análise das Propostas, a respectiva Comissão no âmbito do factor valia técnica da proposta, se limitou a atribuir uma pontuação numérica sem que os motivos da atribuição da mesma resultem perfeita e claramente demonstrados, questionou-se a entidade adjudicante sobre a razão pela qual não procedeu à fundamentação do mérito das propostas, nos termos do disposto no n.º 2 do art.º 100.º do DL 59/99, de 2 de Março e art.º 124, n.º 1, alínea a) do CPA;



**AA)** Na sequência da questão colocada na alínea que antecede, a entidade adjudicante veio dizer, em síntese, que a atribuição da ponderação numérica está “*perfeita e claramente demonstrada*”.

## **2. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO**

### **2.1. Da eventual ilegalidade resultante do facto da sociedade adjudicatária ter sido admitida a concurso, por o seu único sócio, enquanto membro do Conselho de Administração da sociedade adjudicante, ter participado no processo de formação de contratar**

Conforme resulta da matéria de facto, Sérgio Fernandes Torrão, enquanto membro do Conselho de Administração da EMIA, participou no processo de formação da decisão de contratar, designadamente na decisão de abertura do concurso e da consequente aprovação do Programa de Concurso e Caderno de Encargos.

Por outro lado, a sociedade adjudicatária – Construções Torrão de Sérgio Fernandes Torrão, empresário em nome individual - , enquanto concorrente, participou e examinou as propostas no Acto Público de Abertura das Propostas, sendo certo que, à data, ainda era membro do Conselho de Administração da sociedade adjudicante, ou seja, da EMIA (vide alíneas D) a L) do probatório).

A questão *subjudice* consiste, pois, em saber se a sociedade adjudicatária – Construções Torrão de Sérgio Fernandes Torrão, empresário em nome individual – **podia ser admitida como concorrente**, já que o seu único sócio era, à data da abertura do



## Tribunal de Contas

---

concurso e da conseqüente aprovação das peças procedimentais, membro do Conselho de Administração do sociedade adjudicante – EMIA -, tendo inclusivamente participado no processo de formação da decisão de contratar.

**A nosso ver, a resposta a esta questão só poderá ser negativa.**

**Vejamos:**

Em causa está o princípio da imparcialidade, a que a Administração está vinculada, por força do disposto no artigo 266.º, n.º 2, da CRP e do art.º 6.º do CPA.

*O princípio da imparcialidade constitui uma importante forma de garantir preventivamente, a imparcialidade da Administração<sup>1</sup>.*

*As garantias legais de imparcialidade funcionam como garantias da imagem e do bom nome da Administração "conjurando, através de proibições, situações de perigo, em que, além da tentação que se oferece ao agente, pode germinar a suspeita pública relativamente à falta de isenção dos órgãos da administrativos. A protecção legal do bem jurídico imparcialidade alarga-se, assim, demarcando uma zona envolvente que se julga adequada a prevenir a lesão<sup>2</sup>.*

Na verdade, o valor ou interesse jurídico tutelado como a transparência de procedimentos *é um mero risco ou perigo de quebra do dever de imparcialidade*, independentemente de ter produzido, em concreto, uma

---

<sup>1</sup> Vide Maria Teresa de Melo Ribeiro, in Princípio da Imparcialidade da Administração Pública, Almedina, 1996, pág.191, sendo o sublinhado nosso.



## Tribunal de Contas

---

real e efectiva actuação imparcial, ou seja, independentemente de se ter produzido um efectivo dano.

Tal como refere o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, in Processo n.º 00111/04, de 3NOV2005, ocorre violação do princípio constitucional da imparcialidade (art.º 266.º, n.º 2 da CRP), *gerador de vício autónomo de violação de lei, sempre que sejam levados a cabo procedimentos que contenham o risco de consubstanciarem actuações parciais, independentemente da demonstração efectiva de ter ocorrido uma actuação destinada a favorecer algum interessado em concurso, com prejuízo de outros.*

No caso dos autos, o único sócio da empresa adjudicatária era, à data da abertura do concurso e da elaboração e aprovação das peças concursais, como sejam o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos, membro do Conselho de Administração da sociedade ora adjudicante, sendo certo que participou, efectivamente, em alguns desses actos procedimentais da formação do contrato.

Quer isto dizer que sobre este concurso haverá ou “pairará” sempre a suspeita de que o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos foram feitos “à medida” da sociedade adjudicatária, já que o único sócio desta participou (ou mesmo que não tivesse participado ou conhecido devia e podia ter conhecido) previamente em tais peças procedimentais, com vantagem sobre os demais concorrentes, podendo, por esta via, adequar aquelas peças procedimentais ao

---

<sup>2</sup> Parecer inédito de Vieira de Andrade, citado na Obra supra citada, pág. 192.



## Tribunal de Contas

---

conteúdo da proposta por si a apresentar, por forma a que a obra lhe fosse adjudicada, ou lhe fosse adjudicada com um grande grau de probabilidade.

Neste contexto, é manifesta a posição de vantagem da sociedade adjudicatária perante as demais, cujos Administradores não puderam conhecer, previamente, aquelas peças procedimentais e muito menos participar na sua elaboração e aprovação.

E tal vantagem, juridicamente relevante, questiona o princípio da igualdade, bem como o princípio da concorrência, enquanto corolário do princípio da igualdade, que, naturalmente, também se mostram violados (vide artigos 9.º e 10.º do DL 197/99, de 8 de Julho, aplicável “ex vi” do art.º 4.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, e 266.º, n.º 2, da CRP).

Mostra-se ainda violada uma regra jurídica – a do art.º 58.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2/03 -, já que a entidade adjudicante ao ter permitido que a sociedade adjudicatária fosse admitida a concurso, e conseqüentemente a sua proposta, praticou um “**acto**” **susceptível de falsear as regras da concorrência**, sendo esse o sentido da locução “*devendo as mesmas (as propostas ou pedidos de participação) ser rejeitadas e os concorrentes excluídos*”<sup>3</sup> (vide também ponto 8.1. do Programa do Concurso).

---

<sup>3</sup> Vide Acórdão do STA, de 1OUT2003, em Pleno, <http://www.dgsi.pt>.



## Tribunal de Contas

---

O referido preceito visa, pois, e além do mais, vincular concorrentes e a Administração a uma seriedade de comportamentos e de processos, sancionando, por via da rejeição das propostas e da exclusão dos concorrentes, todo e qualquer expediente que possa conduzir, ainda que, em abstracto, a situações que, ilegítimamente, coloquem algum ou alguns dos concorrentes em situação de vantagem e, conseqüentemente, de desigualdade relativamente aos demais.

**A entidade adjudicante, ao ter admitido a concurso a sociedade ora adjudicatária, incorreu assim em vício de violação de lei do art.º 58.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2 de Março (vide também ponto 8.1. do Programa do Concurso), bem como dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência (vide artigos 9.º e 10.º do DL 197/99, de 8 de Julho, aplicável “ex vi” do art.º 4.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, e 266.º, n.º 2, da CRP), que, aliás, lhe estão conexos.**

Este vício de violação de lei, bem como a violação dos princípios supra citados são, a nosso ver, fundamento suficiente de recusa do visto ao contrato, por violarem o **núcleo central** dos princípios da contratação pública e até do Estado de Direito democrático, na medida em que colocam um concorrente “ab initio” em situação de vantagem em relação aos demais, ao mesmo tempo – e até por essa razão - que **são susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato** (art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei 98/97, de 26/08).



# Tribunal de Contas

---

Daí que se nos afigure também prejudicado o conhecimento de outros eventuais vícios de violação de lei.

### 3. DECISÃO

Termos em que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26/08, se decide recusar o visto ao contrato.

\*

Transitado em julgado, voltem os autos à 1.ª instância.

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

Lisboa, 15 de Abril de 2009

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes

António Santos Soares com a declaração de que também considero ter sido violado o art.º 6º do DL n.º 59/99 de 2 de Março.

Helena Abreu Lopes

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)



# Tribunal de Contas

---