

ACÓRDÃO N.º 25/2010 - 06.Jul.2010 - 1ª S/SS

(Processo n.º 544/2010)

DESCRITORES: Empreitada de Obras Públicas / Marcas e Patentes / Critério de Adjudicação / Avaliação das Propostas / Restrição de Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Recomendação Anterior / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A inclusão no mapa de quantidades, de marcas comerciais, desacompanhadas da menção “ou equivalente”, quando não haja possibilidade de descrever, de forma suficientemente precisa e inteligível, as prestações objecto do contrato a celebrar, viola o disposto no art.º 49.º, n.º 12 e 13 do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.
2. A fixação, na pontuação do factor “Preço” do critério de adjudicação, de uma fórmula que tem em conta os pesos específicos das propostas mais baixa e mais alta, viola o disposto no art.º 139.º, n.º 4 do CCP, que estabelece que na elaboração do modelo de avaliação das propostas não é permitida a definição de fórmulas de avaliação de factores do critério de adjudicação que determinem a pontuação a atribuir em função da relação com outras propostas, quer por aproximação, quer por distanciamento de cada uma das outras propostas.
3. As ilegalidades mencionadas podem afectar, negativamente, a concorrência, dado poderem beneficiar alguns concorrentes, em detrimento de outros, com o consequente risco de alteração do resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento de 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.
4. Não estando demonstrada a efectiva ocorrência da alteração do resultado financeiro do contrato, mas tendo a entidade adjudicante sido objecto de

várias recomendações anteriores relativas à matéria de inclusão de marcas comerciais, o não acatamento reiterado das mesmas impede o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



ACÓRDÃO N° 25/10 - 06.JUL.2010 - 1ª S/SS

Proc. n° 544/10

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção:

I – RELATÓRIO

A **Câmara Municipal de Viana do Castelo** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada, celebrado em 8 de Abril de 2010, com a empresa “**António Alves Ribeiro & Filhos, Lda.**”, pelo valor de € 1.020.039,20 acrescido de IVA, tendo por objecto a “Construção do Centro de Alto Rendimento de Surf de Viana do Castelo”.

II – MATÉRIA DE FACTO

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

- A) O contrato foi precedido de concurso público, cujo anúncio de abertura foi publicado no *Diário da República*, 2ª série, 7 de Julho de 2009;
- B) Ao concurso apresentaram-se 20 concorrentes;
- C) O prazo de execução da obra é de 12 meses;



- D)** A consignação da obra ocorreu no dia 20 de Maio de 2010;
- E)** O preço base da empreitada foi de 1.050.000,00 € acrescido do IVA;
- F)** O critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa e contempla a ponderação dos seguintes factores e subfactores:
- 1 - Preço: 40%;
 - 2 - Valia Técnica da Proposta: 60%.
 - a) Memória descritiva e justificativa – 50%
 - b) Plano de trabalhos – 15%
 - c) Plano de mão-de-obra/meios humanos a afectar à obra – 7,5%
 - d) Plano de meios técnicos/equipamentos a afectar à obra – 7,5%
 - e) Implementação do plano de segurança e saúde da empreitada – 20%
- G)** O mapa de quantidades patentado a concurso, nos seus *items* 15.7, 15.8, 21.12.4, 21.13.2, 26.5.6 e 26.5.8, contém referência a marcas comerciais, desacompanhadas da expressão “ou equivalente”, designadamente as seguintes:
- “VULCANO”
 - “AARDING”;
 - “MITSUBISHI”;
 - “SMARTBOARD”
- H)** Os artigos referidos na alínea anterior têm um valor de € 3.098,88 e representam 0,30% do valor do contrato;
- I)** Questionado o Município de Viana do Castelo sobre a matéria referida na alínea **G)**, face ao disposto no artigo 49º, nºs 12 e 13 do Código dos Contratos Públicos (CCP), veio o mesmo dizer, em síntese, o seguinte: ¹

“... O mapa de medições que é parte integrante do Projecto de Execução da presente empreitada, é composto por várias centenas de artigos, correspondendo cada um à execução de um trabalho ou material diferente. Na execução deste mapa,

¹ Vide o ofício nº 169, de 24-06-2010, a fols. 677 dos autos.



que se pretende o mais rigoroso possível, uma das condições que este Município sabe que tem de cumprir, são os pontos 1 2 e 1 3 do art. 49 do Dec. Lei 18/2008 de 29 de Janeiro. No entanto, face ao elevado número de tarefas e matérias, torna-se extremamente difícil evitar falhas, pelo que os erros detectados são involuntários e sem qualquer intenção de restringir ou condicionar a obra a determinadas marcas, ou prejudicar a livre concorrência. Efectivamente nos itens onde se verifica esta falha, deveria estar escrito em complemento dos artigos “do tipo” ou “ou equivalente”. Em obra será efectuada a correcção, aceitando materiais do mesmo tipo ou com características equivalentes.

Os Técnicos do Município de Viana do Castelo irão verificar com mais atenção os futuros Projectos de Execução que se pretenda lançar a concurso, com vista a eliminar esta situação.

Entendemos ainda dever sublinhar que não houve qualquer intenção de desacatar recomendações já formuladas por vários Acórdãos e Decisões do Tribunal de Contas, porquanto, conforme já foi alegado, estas deficiências decorrem apenas de falhas cometidas pelos Serviços Técnicos, aquando da revisão dos projectos feitos externamente...”

J) No ponto 12.2 do Programa do procedimento, estabeleceu-se que o factor preço, do critério de adjudicação, é avaliado com base na seguinte fórmula: $C = 20 - [(Pc - Pb) / (Pa - Pb)]$, em que:

a) 10

Pc – Proposta do concorrente

Pb – Proposta mais baixa

Pa – Proposta mais alta.

K) Verificando-se que os parâmetros *proposta mais baixa e proposta mais alta*, utilizados na avaliação do factor *preço*, são dados que dependem de um atributo (preço) de outras propostas, e tendo em conta o disposto no artigo 139º, nº4, do CCP, foi questionada a Autarquia sobre a matéria constante da alínea anterior, tendo esta referido, em síntese, o seguinte: ²

“... O critério de avaliação do preço proposto por cada concorrente, foi efectuado de acordo com a fórmula descrita no ponto 12.2 do Programa de Concurso, o qual tinha em vista atribuir a pontuação máxima à proposta de preço mais baixo e seguidamente estabelecer uma gradação, de acordo com o desvio relativamente ao valor padrão, de acordo com uma regra de proporcionalidade directa.

Tal método foi usado invariavelmente em todos os concursos abertos até final do ano transacto, pelo facto de não se dominar por completo o CCP aprovado pelo Dec. Lei nº 18/2009 de 29 de Janeiro, nomeadamente o disposto no nº 4 do artigo 139º do CCP.

² Vide fols. 276 dos autos.



Tal prática derivava da aplicação da legislação anterior, não existindo intenção de criar regras que falseassem o espírito do Dec. Lei nº 18/2009 de 29 de Janeiro.

Todavia esta situação já se encontrava resolvida nos concursos lançados este ano pelo Município de Viana do Castelo...”.

- L) O Município de Viana do Castelo foi objecto de várias recomendações deste Tribunal, relativamente ao cumprimento do dispositivo legal que proíbe a inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais, desacompanhadas da expressão “ou equivalente”, recomendações essas que foram transmitidas pelos Acórdãos nºs 92/05 de 10 de Maio de 2005, 128/05 e 129/05, ambos de 5 de Julho de 2005 e pelas Decisões, em sessão diária de visto, nºs 158/2008 de 05-03-2008 e 845/08 de 21-11-2008, - todos anteriores à abertura do procedimento que antecedeu o presente contrato - e ainda pela Decisão, em sessão diária de visto, nº 335/2010 de 22-04-2010;

III - O DIREITO

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

- a) Uma, relacionada com a inclusão, no mapa de quantidades, de **marcas comerciais**, desacompanhadas da menção “ou equivalente”;
- b) Outra, concernente ao facto de, no **modelo de avaliação das propostas**, se utilizarem dados que dependem dos atributos das propostas a apresentar.

2. Vejamos, então, a primeira das questões atrás indicadas.

O artigo 49º do CCP, sob a epígrafe “*Especificações técnicas*”, dispõe, nos seus nºs 12 e 13, o seguinte:

Artigo 49º
Especificações técnicas

.....
12 – É proibida a fixação de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens.



13 – É permitida, a título excepcional, na fixação de especificações técnicas por referência, acompanhada da menção “ou equivalente”, aos elementos referidos no número anterior quando haja impossibilidade de descrever, de forma suficientemente precisa e inteligível, nos termos do disposto nos n.ºs 2 a 4, as prestações objecto do contrato a celebrar.

.....

Tem este normativo por escopo – à semelhança do que sucedia com o seu antecessor artigo 65.º, n.ºs 5 e 6 do DL n.º 59/99, de 2 de Março – proibir que, ainda que por via indirecta, se dificulte ou afaste a candidatura de empresas que não preencham determinados requisitos.

Podendo, embora, resultar, *prima facie*, do texto do artigo 49.º do CCP, que tal proibição diga respeito ao caderno de encargos, o certo é que a lei quis proibir, com a utilização abusiva de *especificações técnicas*, que se viole a concorrência, ou, dito de outro modo, - e como se estipula no n.º1 deste artigo 49.º - quis permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência.

Tal desiderato, porém, só se consegue atingir se, como pensamos, tal proibição se estender a qualquer peça processual.

Não houve, neste âmbito, qualquer alteração da disciplina jurídica que resultava do artigo 65.º, n.ºs 5 e 6, do DL n.º 59/99 de 2 de Março, e sobre a qual se firmara jurisprudência uniforme e constante deste Tribunal.³

Verifica-se, assim, a violação dos n.ºs 12 e 13, do mencionado artigo 49.º, do CCP.

3. Vejamos, de seguida, a questão relativa ao modelo de avaliação das propostas e à utilização de dados que dependem dos atributos das propostas a apresentar.

Recorde-se que, na pontuação do factor “Preço”, do critério de adjudicação, foi fixada uma fórmula que tem em conta os pesos específicos *das propostas*

³ Vide, a título de exemplo, os Acórdãos da 1 Secção, do Tribunal de Contas, em Plenário, de 21 de Dezembro de 2006, in Rec. Ord. n.º 36/06 e de 12 de Junho de 2007, in Rec. Ord. n.º 9/07 e, ainda, os Acórdãos, em Subsecção, n.ºs 49/08, de 1 de Abril de 2008; 68/08, de 20 de Maio de 2008; 19/09, de 4 de Fevereiro de 2009 e 38/09, de 18 de Fevereiro de 2009.



mais baixa e mais alta, bem como da proposta em análise (Vide a matéria de facto dada por assente na alínea **J**) do probatório).

A este respeito, há que ponderar o que dispõe o artigo 139º, nº 4, do citado Código dos Contratos Públicos:

Artigo 139º
Modelo de avaliação das propostas

- 1 -
- 2 -
- 3 -
- 4 - Na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar.
.....

Resulta, assim, deste normativo, que não é permitida a definição de fórmulas de avaliação de factores do critério de adjudicação que determinem a pontuação a atribuir em função da relação com outras propostas, quer por aproximação, quer por distanciamento de cada uma das outras propostas, neste caso às propostas de mais baixo e com mais alto preço.

Assim, face ao que fica referido e à matéria de facto dada por assente na alínea **J**) do probatório, mostra-se violado o disposto no artigo 139º, nº4 do Código dos Contratos Públicos.

4. Seguidamente, veremos as consequências decorrentes da violação do disposto nos normativos atrás mencionados.

4. 1. As ilegalidades cometidas poderão ser geradoras de nulidade ou de mera anulabilidade, sendo que o visto apenas poderia ser recusado, no caso em apreço, com fundamento em *nulidade*, atento o disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº98/97 de 26 de Agosto.

Ora, não estamos, seguramente, perante casos de nulidade:

Efectivamente, os vícios atrás mencionados não se encontram previstos no artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), dispositivo este que se refere aos actos administrativos feridos de nulidade.



Tribunal de Contas

Efectivamente, nem se encontram incluídos no elenco dos actos indicados no nº2 daquele normativo, nem, por outro lado, existe qualquer norma que, para tais vícios, comine expressamente tal forma de invalidade dos actos administrativos (vide o nº1, do mesmo artigo 133º do CPA).

Por outro lado, o acto de adjudicação da empreitada contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se como “elementos essenciais” os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torna inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação (vide o nº1, 1ª parte, do citado artigo 133º do CPA).⁴

Não sendo as ilegalidades verificadas, geradoras de nulidade, só podem as mesmas conformar mera **anulabilidade**, o que afasta o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea a), do nº3, do artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

4. 2. Por outro lado, como, no caso *sub judice*, não estão em causa encargos sem cabimento em verba orçamental própria, nem violação directa de norma financeira, afastado está, também, o fundamento de recusa de visto mencionado na alínea b) do citado normativo, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

5. Importa, então, cuidar de saber se as ilegalidades atrás referidas preenchem o fundamento de recusa de visto indicado na alínea c) do nº3, do citado artigo 44º da Lei nº 98/97.

A resposta a esta questão só pode ser positiva:

De acordo com o artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto, a ocorrência de uma ilegalidade que altere ou *possa alterar* o resultado financeiro do contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

⁴ Neste sentido, v. g., os Acórdãos nºs 30/05, de 15-11-2005, 27/07, de 13-2-2007 e 108/07, de 24-7-2007, da 1ª Secção, em subsecção, deste Tribunal.



Tribunal de Contas

Muito embora não resulte do processo que, da violação do disposto nos normativos supra indicados, tenha decorrido a alteração do resultado financeiro do contrato, não há dúvida de que os vícios verificados são susceptíveis de alterar tal resultado financeiro.

É que, a inclusão de marcas comerciais, desacompanhadas da menção “ou equivalente”, bem como a utilização de atributos de outras propostas na elaboração do modelo de avaliação das propostas, são circunstâncias que podem afectar, negativamente, a concorrência, dado poderem beneficiar alguns concorrentes, em detrimento de outros, com o conseqüente risco de alteração do resultado financeiro do contrato.

4. No caso em apreço, todavia, não está adquirida a efectiva ocorrência de uma alteração do resultado financeiro do contrato.

Resulta, porém, dos autos (vide a matéria de facto dada por assente na alínea L) do probatório), ter o Município de Viana do Castelo sido já objecto de várias recomendações deste Tribunal, relativamente ao cumprimento do normativo que proíbe a inclusão, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas da expressão “ou equivalente”, normativo este cuja disciplina se encontra plasmada no referido artigo 49º, nºs 12 e 13 do CCP.

Ora, apesar dessas várias exortações efectuadas à Autarquia, continua a verificar-se o injustificado desacatamento das mesmas e a incumprir-se a lei, ao que acresce o facto de, no caso presente, não ser desprezível o valor dos artigos cujas marcas comerciais não foram acompanhadas da expressão “ou equivalente”.

Assim, pelo comportamento incumpridor que tem, reiteradamente, revelado, temos a convicção de que se não justifica, nem é aconselhável, uma nova recomendação ao Município de Viana do Castelo.

É que, nestas circunstâncias, não é expectável que, apenas com a formulação de uma recomendação, esta Autarquia evite, no futuro, voltar a incumprir a lei, nesta matéria.

Nesta conformidade, entende-se não estarem reunidos os pressupostos que poderiam permitir o uso da faculdade prevista no nº4, do dito artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

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 (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 6 de Julho de 2010.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás) votou o acórdão e não assinou por ter participado na sessão por videoconferência.

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)