

ACÓRDÃO N.º 25/2011 - 12.Abr.2011 - 1ªS/SS

(Processo n.º 102/2011)

DESCRIPTORIOS: Concurso Público Urgente / Urgência / Prazo / Apresentação das Propostas / Princípio da Igualdade / Princípio da Concorrência / Princípio da Transparência / Marcas e Patentes / Restrição de Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. O art.º 52.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, estabelece que pode adoptar-se o procedimento do concurso público urgente, previsto nos arts. 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), na celebração de contratos de empreitada, desde que:
 - a. se trate de um projecto co-financiado por fundos comunitários;
 - b. o valor do contrato seja inferior ao referido na al. b) do art.º 19.º do Código dos Contratos Públicos;
 - c. o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.
2. Face ao disposto no art.º 155.º do CCP, o recurso a esta possibilidade pressupõe, ainda, que se esteja perante um caso de urgência.
3. Não se encontrando verificado o pressuposto fixado na al. a) da referida disposição legal - tratar-se de um projecto co-financiado por fundos comunitários - não poderia ter sido aberto concurso público urgente, nos termos dos arts. 155.º e seguintes do CCP, mas sim, um procedimento de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da al. b) do art.º 18.º do referido Código.
4. A fixação de um prazo de 6 dias para apresentação de propostas, dentro do tipo de procedimento adoptado, viola os princípios da igualdade e da concorrência e da transparência, fixados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP e o disposto no n.º 2 do art.º 63.º do mesmo Código.
5. A exigência, no mapa de quantidades, de marcas comerciais desacompanhadas das expressões “do tipo” ou “ou equivalente”, sempre que não seja possível descrever de forma suficientemente precisa e

inteligível as prestações objecto do contrato, viola o disposto no n.ºs 12 e 13 do art.º 49.º do CCP.

6. As violações de lei mencionadas são susceptíveis de restringir o universo dos potenciais concorrentes e de ofender a transparência que deve imperar no procedimento, e conseqüentemente, susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Tribunal de Contas

transitou em julgado em 04/05/11

ACÓRDÃO Nº 25 /2011 – 12. ABR-1ª S/SS

Processo nº 102/2011

I – OS FACTOS

1. A Câmara Municipal de Anadia (doravante designada por CMA ou por CM) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada relativo ao “Centro Escolar de Avelãs de Cima/Avelãs de Caminho”, celebrado entre o Município de Anadia e a empresa “Socértima – Sociedade de Construções do Cértima, Lda.”, em 17 de Janeiro de 2011, pelo valor de 1.837.000,00 €, ao qual acresce o correspondente valor em IVA, à taxa legal aplicável.
2. Para além dos factos referidos no número anterior, são dados ainda como assentes e relevantes para a decisão os seguintes que constam do processo:
 - a) A adjudicação foi precedida de concurso público urgente, ao abrigo do disposto no artigo 52.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, e dos artigos 155.º e seguintes, do CCP¹;
 - b) A abertura do concurso público urgente foi autorizada, por deliberação do executivo municipal, de 24 de Novembro de 2010²;
 - c) O anúncio de concurso público urgente foi enviado e publicado no D.R. n.º 229, II Série, de 25 de Novembro de 2010;
 - d) O prazo de execução da obra é de 15 meses;
 - e) O critério de adjudicação foi o do mais baixo preço³;
 - f) O financiamento comunitário consta de contrato de financiamento⁴ celebrado em 26 de Junho de 2008, que previa a execução do investimento de 5 de Maio de 2008 a 15 de Setembro de 2009. Estando ultrapassado o período previsto para a execução, foi solicitada a reprogramação que, até 21 de Março de 2011, não estava ainda aprovada⁵;

¹ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de Setembro, 278/2009, de 2 de Outubro, e pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

² Vide fl. 6 do processo.

³ Vide o n.º 11 do programa de procedimento.

⁴ Vide fl. 67 e ss. do processo.

⁵ Vide ofício n.º 1287, de 21 de Março de 2011, a fls. 99 a 104 dos autos. **Refira-se ainda que, posteriormente, no ofício n.º 1594 de 8 de Abril de 2011, entrado nos serviços de apoio a este Tribunal**



Tribunal de Contas

- g) Foi fixado um prazo de apresentação das propostas de 6 dias, a contar do envio do anúncio para publicação;
- h) Dezoito concorrentes apresentaram propostas, tendo sido excluídas duas;
- i) Em 6 de Dezembro de 2010 foi feita a adjudicação;
- j) A consignação ocorrerá após a concessão do visto por este Tribunal⁶;
- k) O procedimento de formação do contrato *sub judicio*, seguiu a seguinte cronologia:
- Deliberação para a abertura do procedimento em 24 de Novembro de 2010;
 - Anúncio enviado e publicado em 25 de Novembro de 2010;
 - Apresentação de propostas em 1 de Dezembro de 2010;
 - Deliberação de adjudicação em 6 de Dezembro de 2010;
 - Contrato celebrado em 17 de Janeiro de 2011;
- l) Tendo-se questionado a CMA para que justificasse qual o fundamento da urgência para a adopção da modalidade de concurso público urgente, veio⁷ aquela entidade adjudicante informar o seguinte:
- “(...) a obra em causa cumpria todos os requisitos previstos no n.º 2 do Art.º 52.º do já referido DL 72-A/2010; isto é trata-se de um projecto co-financiado pelo programa Mais Centro, conforme Contrato de Financiamento assinado em 26 de Junho de 2008, entre a Autoridade de Gestão do Programa Operacional Regional do Centro e o Município de Anadia (DOC 1). O valor base constante do programa de procedimento do concurso público era inferior ao valor comunitário imposto para concurso público internacional e o critério de adjudicação era o critério do mais baixo preço. Deste modo, encontravam-se reunidas todas as condições exigidas para que se pudesse lançar o procedimento através de concurso público urgente, cumprindo integralmente o exigido nos art.ºs 155.º e seguintes do CCP, conjugado com o n.º2 do Art.º 52.º do DL 72-A/2010, de 18 de Junho.”*
- m) Em sessão diária de visto de 4 de Março de 2011, deste Tribunal, tomou-se decisão nos seguintes termos:
- “ A verificação dos pressupostos fixados no artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho, não constitui por si só fundamento*

em 11 de Abril, continua a referir-se que *“a reprogramação foi submetida em 29 de Novembro de 2010”, sem se informar se já foi ou não aprovada.*

⁶ Conforme se refere no n.º 9 do ofício n.º 737 de 16 de Fevereiro de 2011, a fl. 61 e ss. do processo e na cláusula 6ª do contrato..

⁷ Conforme se refere no n.º 1 do ofício n.º 737 de 16 de Fevereiro de 2011, a fl. 61 e ss. do processo.



suficiente para a adoção do procedimento de concurso público urgente para a formação de contratos de empreitada. Deve entender-se que foi intenção do legislador que, verificados aqueles pressupostos, e havendo urgência, podiam as entidades adjudicantes fazer uso daquele tipo de procedimento em empreitadas. Assim deve a Câmara Municipal de Anadia informar e demonstrar sobre qual o motivo de urgência que fundamentou aquela opção, para além da verificação daqueles pressupostos”;

- n) Na sequência da decisão transcrita na alínea anterior, veio⁸ aquela entidade adjudicante informar o seguinte:

“Para além da verificação dos pressupostos fixados no artº 52, do DL 72-A/2010, conjugado com o exigido nos artigos 155º e seguintes do CCP, que se consideraram cumpridos para lançar o procedimento do concurso público urgente, a indicação por parte do PO Centro da aprovação do Regulamento específico reforçou essa opção. Considerando-se assim que o

“Artigo 7.º

e) Aquisição de terrenos, desde que estejam preenchidas as condições previstas no n.º 5 do anexo ao despacho n.º 10/2009, de 24 de Setembro, do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional;

f) Contribuições em espécie, desde que estejam preenchidas as condições previstas no n.º 8 do Anexo ao Despacho referido na alínea anterior.

2. No caso dos centros escolares, a pedido do beneficiário, as operações que tenham sido aprovadas antes do ano de 2010 e ainda não estejam física e financeiramente encerradas são passíveis de reprogramação financeira a fim de beneficiarem das novas despesas elegíveis a que se referem as alíneas e) e f) do n.º 1.

Artigo 8.º

10. Excepcionalmente, durante o ano de 2010, a taxa máxima de co-financiamento das despesas prevista no n.º 1 é de 80%.”

do Regulamento específico "Requalificação da Rede Escolar do Ensino Básico e da Educação Pré-escolar" (...), aprovado em 14 de Outubro de 2010, permitiam ao Município apresentar

⁸ Vide ofício n.º 1287, de 21 de Março de 2011, a fls. 99 a 104 dos autos.



reprogramações das candidaturas já aprovadas, sendo este um dos casos, e melhorar a taxa de financiamento então aprovada, bem como contribuir para o aumento da percentagem de execução deste eixo no PO Centro, foram as razões que reforçaram a decisão do Município de abertura de concurso público urgente.

Deste modo, foi apresentada uma reprogramação física e financeira da obra uma vez que os valores de referência para efeitos de comparticipação já tinham entretanto sido alterados e o Regulamento Específico (de 14 de Outubro de 2010) permitia a inclusão do valor da componente dos terrenos, dos projectos e mais tarde também a alteração da taxa de financiamento caso se comprovasse com o anúncio do concurso público, neste caso urgente, o início do procedimento. Nesta data não dispomos ainda da aprovação da reprogramação que entretanto foi submetida à Autoridade de Gestão do Mais Centro em 29 de Novembro de 2010”;

- o) Perante tal resposta foi de novo inquirida a CMA, por decisão tomada em sessão diária de visto, em 25 de Março de 2011, nos seguintes termos:

“Da resposta dada na alínea a) do ofício n.º 1287/2011 de 21 de Março, resulta que para obter as melhores condições de financiamento comunitário era necessário antes do final de 2010, proceder à abertura de procedimento mediante publicação de respectivo anúncio. Não resulta de tal resposta que era necessário proceder-se à formação do contrato através de concurso público urgente.

Assim, (...) decide-se devolver o contrato à Câmara Municipal de Anadia para que informe e documente as razões por que não bastou o lançamento ainda que urgente (até ao final de 2010) de um concurso público (não urgente) para obtenção das melhores condições de financiamento comunitário”;

- p)

espondeu a CMA, assim⁹:

“A aprovação do Projecto, do Caderno de Encargos e do Programa de Procedimento teve lugar em 24 de Novembro de 2010.

O Concurso Público Urgente foi lançado a 25 de Novembro de 2010.

A Adjudicação teve lugar a 6 de Dezembro do mesmo ano.

A reprogramação financeira foi submetida a 29 de Novembro de 2010, com a apresentação da cópia da publicação de concurso público urgente.

⁹ Vide ofício n.º 1594, de 8 de Abril de 2011, a fls. 119 e 120 dos autos



Para o Município poder vir a beneficiar das melhores condições de financiamento comunitário teria de submeter a reprogramação antes do final do ano de 2010, fazendo prova do lançamento do concurso público urgente (com a apresentação da cópia do anúncio) ou já com a adjudicação, conforme documentos em anexo (...). No primeiro caso as orientações eram de que a Autoridade de Gestão se reservara no direito de solicitar ao beneficiário a prova de adjudicação antes da decisão final. Face ao exposto e perante a data de aprovação do projecto, do caderno de encargos e do programa de procedimento, num concurso público normal não haveria tempo para a apresentação da reprogramação, dentro do prazo previsto e das condições impostas e assim o Município seria bastante penalizado. Recorde-se que com esta reprogramação o Município apresentou os valores correspondentes aos terrenos adquiridos e disponibilizados para a construção do Centro Escolar, os valores de projecto e ainda os investimentos tendo em conta a actualização dos valores de referência, quer para a construção quer para a aquisição do equipamento informático e didáctico(...). Perante o que de melhor se esperaria para o Município, nomeadamente no reforço da participação que lhe era possível vir a beneficiar e perante o timing que dispunha o Município, e verificados os pressupostos fixados no artº 52, do DL 72-A/2010, conjugado com o exigido nos artigos 155º e seguintes do CCP, que se consideraram cumpridos para lançar o concurso público urgente, optou-se por este procedimento”;

- q) A CMA juntou ainda um documento¹⁰ do Programa Operacional Regional do Centro, datado de **26 de Julho de 2010**, sobre a “Alteração ao aviso para submissão de candidaturas em regime de “Balcão Permanente””, em que se refere em matéria de “condições de admissão e aceitação das operações”:

*“(...) considera-se como condição geral o grau de maturidade dos investimentos a candidatar. Assim, apenas serão admitidas candidaturas que se encontrem em avançada fase de estabelecimento de vínculo contratual (...). Entende-se como avançada fase de vínculo contratual, no caso de empreitadas, a **comunicação da intenção de adjudicação.***

Não é exigível que o procedimento esteja em fase de intenção de adjudicação, quando os beneficiários recorram ao procedimento do

¹⁰ Vide fl. 124 dos autos.



concurso público urgente (...). Nestes casos exige-se a prova de publicação em Diário da República”¹¹;

- r) A CMA juntou ainda um outro documento¹² do Programa Operacional Regional do Centro, agora datado de **13 de Outubro de 2010**, igualmente com uma “Alteração ao aviso para submissão de candidaturas em regime de “Balcão Permanente””, em que se refere em matéria de “condições de admissão e aceitação das operações”:

No caso dos concursos públicos normais:

*“(...) considera-se como condição geral o grau de maturidade dos investimentos a candidatar. Assim, apenas serão admitidas candidaturas que se encontrem em avançada fase de estabelecimento de vínculo contratual (...). Entende-se como avançada fase de vínculo contratual, no caso de empreitadas, a **preparação da adjudicação, mais precisamente em fase de audiência prévia** (cfr, artº 147 do CCP).*

No caso dos concursos públicos urgentes:

*Não é exigível que o procedimento esteja em fase de intenção de adjudicação, quando os beneficiários recorram ao procedimento do concurso público urgente (...). Nestes casos exige-se a prova de **publicação em Diário da República**”.*

Nesse documento refere-se ainda:

*“(...) a aprovação, pela Comissão Directiva, das operações submetidas com base nos procedimentos concursais referidos só se efectuará quando **o beneficiário fizer prova de que a empreitada se encontra efectivamente adjudicada**”¹³;*

- s) No mapa de quantidades de trabalho posto a concurso, nos artigos 1.3.1.1, 1.6.4.2 e 5.3.6.12, faz-se referência às marcas “MASSA BARBOTHERM”, “MASTERTOP” e “LINERGY”, sem que as mesmas estejam acompanhadas da menção “ou equivalente”;
- t) Perante tal facto, e tendo sido proferido por este Tribunal, em processo da mesma CM, o Acórdão n.º 104/2009, de 5 de Maio, da 1.ªS/SS, em que se formulou recomendação no sentido de, em futuros procedimentos, haver rigoroso cumprimento do que se encontra estipulado nos n.ºs 12 e 13 do artigo 49º do CCP, questionou-se a CMA, que veio informar¹⁴:

“No mapa de medições posto a concurso (que engloba os diversos projectos constituintes da empreitada), em alguns artigos (e

¹¹ Negritos nossos.

¹² Vide fl. 121 e 122 dos autos.

¹³ Negritos nossos.

¹⁴ Vide ofício n.º 737, de 16 de Fevereiro de 2011, a fls. 61 e 62 dos autos.



diga-se poucos) não foi completada a descrição com a menção "tipo" ou "equivalente", quando se faz referência a determinadas marcas por mero lapso. Como se pode verificar na maioria das situações foi observado o disposto no artº 49º do CCP, não havendo da parte deste Município qualquer intenção de valorizar alguma marca comercial, havendo sim um lapso de escrita e/ou de precisão uma vez que na descrição exhaustiva de alguns artigos inicialmente refere-se a marca e a expressão do "tipo" ou "equivalente", sendo que na continuidade da descrição se verifica a referência a outra qualquer marca, mas que vem da sequência do inicialmente indicado. Ou seja, considera-se que na preocupação do preciosismo da descrição por vezes se cometa o lapso de omitir a expressão do "tipo" ou "equivalente".

Pese embora tal facto, o certo é que nenhum concorrente disso fez qual referência ou reclamou”.

Sobre a mesma matéria referiu ainda¹⁵:

“(...) nunca houve o propósito por parte desta Edilidade de desrespeitar as recomendações formuladas pelo Tribunal de Contas, mormente as constantes do Acórdão n.º 104/2009, de 5 de Maio. De facto, reiteramos tudo o que foi dito no nosso ofício 737, de 16 de Fevereiro do corrente ano. Admitimos que em alguns artigos, por mero lapso, houve alusão a marcas específicas, omitindo-se a referência "tipo" ou "equivalente". Na maioria das situações foi observado o disposto no artº 49º do CCP, não havendo da parte deste Município qualquer intenção de valorizar qualquer marca comercial ou violar os princípios da transparência e o da livre concorrência, havendo sim um lapso de escrita e/ou de precisão uma vez que na descrição exhaustiva de alguns artigos inicialmente refere-se a marca e a expressão do "tipo" ou "equivalente", sendo que na continuidade da descrição se verifica a referência a outra qualquer marca, mas que vem da sequência do inicialmente indicado. Ou seja, considera-se que na preocupação do preciosismo da descrição por vezes se comete o lapso de esquecer a expressão do "tipo" ou "equivalente".

Damos como exemplo o seguinte artigo:

1.3.1.1 Fornecimento e aplicação de sistema de isolamento térmico pelo exterior do tipo "BARBOTHERM" ou equivalente, sistema "ETICS", executado com colagem de placas de EPS 30 Kg/m³ à alvenaria exterior, com 50 mm de espessura, utilizando o método de colagem por pontos e/ou por cordão ao longo do perímetro da placa de EPS com "MASSA BARBOTHERM PÓ", aplicando, sempre que necessário, perfil de arranque. As placas de EPS deverão ser fixas mecanicamente com rebites de PVC utilizando método a definir em

¹⁵ Vide ofício n.º 1287, de 21 de Março de 2011, a fls. 99 a 104 dos autos.



obra.. As arestas deverão ser protegidas com cantoneira de PVC com rede 150 gr/m2. Nas ligações do sistema com as caixilharias, peitoris ou outras saliências existentes na fachada, deverá existir uma folga com cerca de 5 mm, para realização da masticagem com produto do tipo "BARBOT" ou equivalente.

A rede a incorporar na "MASSA BARBOTHERM" deverá ser a rede MI 166 150gr/m2. A tinta do tipo "BARBOCRIL" ou equivalente, 100% acrílica, afinada à cor do revestimento final, deverá ser aplicada numa demão diluída com água até 15% de modo a funcionar como regulador de fundo, Inclui a aplicação de massa de revestimento final média hidrífuga (cor branca com afinação RAL9010) do tipo "BARBOT" ou equivalente de modo a executar o acabamento decorativo final. Inclui todos os trabalhos e fornecimentos necessários a um perfeito acabamento, tudo de acordo com as indicações das peças escritas e desenhadas constituintes do projecto”.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.A – A formação do contrato mediante concurso público urgente

3. Estabelecia o nº 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho:

“Pode adoptar-se o procedimento do concurso público urgente, previsto nos artigos 155.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), na celebração de contratos de empreitada, desde que:

- a) Se trate de um projecto co-financiado por fundos comunitários;*
- b) O valor do contrato seja inferior ao referido na alínea b) do artigo 19.º do CCP; e*
- c) O critério de adjudicação seja o do mais baixo preço.”*

4. Como se sabe, nos artigos 155.º e seguintes do CCP, estabelece-se um procedimento de concurso público urgente para, em caso de urgência, se proceder à celebração de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de serviços de uso corrente.

Entendeu o legislador alargar a possibilidade de se recorrer ao mesmo procedimento, para a celebração de contratos de empreitada, durante a vigência do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, desde que se verificassem os pressupostos fixados nas alíneas a) a c) do nº 2 do seu artigo 52º, agora transcrito.



O recurso a esta possibilidade pressupõe, naturalmente, face ao disposto no artigo 155º do CCP, que se esteja em caso de urgência.

5. Tenha-se ainda presente que o artigo 157º do CCP estabelece que o anúncio do concurso público urgente deve seguir modelo a aprovar por portaria e que o programa do concurso e o caderno de encargos devem constar do anúncio.

Relembre-se ainda que o artigo 158º do mesmo código dispõe que o prazo mínimo para apresentação de propostas é de 24 horas.

Estes dois aspectos do regime aplicável ao concurso público urgente, que agora se relevam, permitem sublinhar a prudência com que aquele regime deve ser usado no caso de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, como sucede no caso *sub judicio*.

Nestas situações, a integração do programa do concurso e do caderno de encargos no anúncio é uma solução impensável, dada a dimensão destas peças documentais. Daí que os serviços públicos, como aconteceu no presente caso, tenham adoptado a solução de remissão dessa informação para as plataformas electrónicas

Também a definição do prazo para apresentação de propostas deve ser particularmente acautelada, tendo presente que, no concurso público, o prazo mínimo admitido por lei é o de nove dias para os casos de patente simplicidade dos trabalhos a executar.

Em conclusão: tendo a lei admitido a aplicação deste procedimento à formação de contratos de empreitadas de obras públicas, tal aplicação deve ser feita com as adaptações e a prudência necessárias, com respeito do regime legal e dos princípios fundamentais que o enformam.

6. Analisado o processo, conclui-se que os pressupostos fixados nas alíneas b) e c) do nº 2 do citado e transcrito artigo 52º se encontram verificados: trata-se de um projecto cujo seu valor é inferior ao limiar que releva no caso, e o critério de adjudicação foi o do mais baixo preço.
7. Todavia, em rigor, o pressuposto fixado na alínea a) da referida disposição legal não se verificava à data da abertura do procedimento e continua a não verificar-se. É certo que existe um contrato de financiamento assinado em 2008, para o presente investimento. Mas



também é certo que o período nele previsto para a sua execução há muito está ultrapassado. Daí que a CMA tenha solicitado a sua reprogramação, mas que ainda não foi obtida¹⁶.

Resulta do processo que a autoridade de gestão do financiamento comunitário admite e aceita uma candidatura quando se demonstra que, em caso de concurso público urgente, já se procedeu a publicação do anúncio no Diário da República e só a aprova *“quando o beneficiário fizer prova de que a empreitada se encontra efectivamente adjudicada”*.

8. Compreende-se que se está perante uma situação de difícil resolução por parte da Administração: por um lado a lei (e por isso este Tribunal) exige como pressuposto de abertura de um concurso público urgente que o projecto tenha o financiamento assegurado. Por outro, entidades de gestão dos financiamentos comunitários, por via de regulamentos por elas aprovados, exigem, no caso dos concursos públicos urgentes, que os respectivos avisos já estejam publicados, para admitir e aceitar candidaturas, e a aprovação dos financiamentos só ocorre quando a empreitada está efectivamente adjudicada.

Por forma a romper este “circulo vicioso”, este Tribunal em várias processos, valorou positivamente o facto de já estar assegurado tal financiamento quando decide os processos, pese embora este não estivesse assegurado quando se procedeu à abertura do concurso público urgente e não se verificasse, portanto, àquela data, o pressuposto legalmente fixado.

Deve contudo reafirmar-se que este Tribunal deve aplicar a lei, e esta tem valor superior aos regulamentos relativos aos financiamentos comunitários. Estes é que se devem conformar àquela.

As entidades gestoras dos financiamentos comunitários deveriam dar atenção a este aspecto e providenciar por que os seus regulamentos permitam aos serviços públicos que, na sua acção, observem rigorosamente a lei.

¹⁶ Vide acima a alínea f) do n.º 2 e respectivas notas.



9. Mas, no caso presente, nem naquela data – a da abertura do procedimento - nem nesta – a da decisão do processo - se demonstrou estar o financiamento, de facto, assegurado. Não se fez demonstração de que a reprogramação foi aprovada.

Por isso, é forçoso concluir-se que a abertura do concurso decorreu com desrespeito pela alínea a) do n.º 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de Junho.

Consequentemente, não poderia ter sido aberto concurso público urgente, nos termos dos artigos 155º e seguintes do CCP, para a formação do presente contrato de empreitada.

E, finalmente, a formação do presente contrato deveria ter decorrido mediante concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da alínea b) do artigo 18º do CCP.

10. Poderia este Tribunal, no uso das possibilidades que lhe são conferidas pela LOPTC¹⁷, continuar a insistir pela melhor instrução do processo, o que inúmeras vezes faz, de forma que dela resultasse decisão favorável de concessão de visto. Acontece que outras violações de lei ocorreram que não permitiriam obter-se tal resultado. Isto é: mesmo que se viesse – ou venha – a demonstrar que o projecto tem efectivamente assegurado o financiamento comunitário, por via de reprogramação aprovada, outras violações de lei, no nosso entender, impedem a concessão do visto.

Continuemos, pois, na análise do processado.

II.B – O prazo para apresentação de propostas no concurso público urgente

11. Mesmo que outras razões possam ser invocadas para justificar o lançamento do concurso público urgente, e este fosse admissível, um aspecto no caso concreto deve ser analisado.

O seguinte: foi fixado um prazo de seis dias para apresentação de propostas.

¹⁷ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.



Relembre-se que se trata de um concurso para adjudicação de uma empreitada cujo valor é de 1.837.000 euros. Tenha-se em conta que o prazo de execução da obra é de 15 meses. É pois uma obra de dimensão considerável.

12. Não pode deixar de perguntar-se: é aceitável que, para a formação de um contrato, com estas características, suportando uma obra com estas dimensões, se estabeleça um prazo de seis dias para apresentação de propostas? Propostas para uma empreitada, que têm de corresponder a um determinado programa, a um projecto de execução, lista de todas as espécies de trabalhos e mapa de quantidades? E refira-se que, no caso, estas lista e mapa apresentam alguma complexidade, com desenvolvida pormenorização dos elementos de execução da obra.

Relembre-se que o CCP exige, no concurso público, em casos de manifesta simplicidade – o que obviamente não é o caso – um prazo de, pelo menos, nove dias.

Dir-se-á: a lei admite que o prazo mínimo nos concursos urgentes seja de 24 horas.

É verdade que a lei estabeleceu aquele prazo. Contudo, a lei estabeleceu tal prazo como mínimo. Isto é: aos responsáveis administrativos compete estabelecer o concreto prazo respeitando tal mínimo, mas também as necessárias condições de observância de outras disposições legais e dos princípios básicos da contratação pública. Designadamente, os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, fixados no nº 4 do artigo 1º do CCP, mas igualmente na Constituição¹⁸.

Parece ser evidente que, no caso de empreitadas de obras públicas, sobretudo com esta dimensão física e financeira, não é razoável admitir que num prazo de seis dias para apresentação de propostas estejam asseguradas condições de igualdade e de leal concorrência entre os potenciais interessados em apresentar propostas. E não estão certamente asseguradas condições de transparência na condução do procedimento.

Mais: parece ser evidente que para uma correcta apresentação de propostas, com o rigor necessário à salvaguarda dos interesses públicos e,

¹⁸ Vide nº 2 do artigo 266º e a alínea f) do artigo 81º da CRP.



sobretudo, para que não surjam sobressaltos na fase de execução, aquele prazo é manifestamente insuficiente.

13. Relembre-se ainda o que dispõe o CCP no nº 2 do seu artigo 63º:

“Na fixação do prazo para a apresentação das propostas deve ser tido em conta o tempo necessário à sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objecto do contrato a celebrar, em especial dos aspectos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como a necessidade de prévia inspecção ou visita a locais ou equipamentos, por forma a permitir a sua elaboração em condições adequadas e de efectiva concorrência.”

Ora, parece ser evidente que a fixação de um prazo de 6 dias para apresentação de propostas, no procedimento de formação de um contrato de empreitada com esta dimensão, viola o disposto nesta disposição legal.

14. Da cronologia do procedimento que acima se destacou na alínea k) do nº 2, resulta que efectivamente este foi conduzido com a maior celeridade. Contudo, como já se referiu, devemos ter em conta que o inicial contrato de financiamento foi assinado em 26 de Junho de 2008¹⁹, o diploma que permitiu a adopção do concurso público urgente foi publicado em 18 de Junho de 2010, e o regulamento específico que permitiu a alteração das condições do financiamento comunitário é de 14 de Outubro de 2010²⁰.

Recorde-se ainda que, mesmo nos termos do regulamento relativo ao financiamento comunitário, o elemento essencial para se desencadear o processo de reprogramação financeira era a demonstração de que o anúncio de abertura do procedimento tinha sido publicado. Relembre-se que tal dado consta de documentos do Programa Operacional Regional do Centro datados de 26 de Julho e de 13 de Outubro de 2010.

¹⁹ Vide acima as alíneas f) e l) do nº 2.

²⁰ Vide acima a alínea n) do nº 2.



Neste contexto reforça-se a inadmissibilidade de um prazo tão curto para apresentação de propostas numa empreitada desta dimensão e complexidade.

15. Dir-se-á que o facto de se terem apresentado 18 concorrentes é demonstração que não houve restrição de concorrência e que perante tal dado igualmente foi assegurada a igualdade entre todos os potenciais interessados. Mas tais conclusões não poderão nunca ser demonstradas. O julgador não pode deixar de ter em conta as circunstâncias concretas em que a empreitada decorre, com a emergência de uma forte crise económica e retracção do investimento, público e privado e que podem, embora só em parte, explicar tão elevado número de concorrentes.

E, sobretudo, diga-se que **um prazo tão reduzido, numa empreitada desta natureza, faz fraquejar a certeza, que deve imperar na gestão pública, de que a transparência foi assegurada e as formalidades no procedimento – que na Administração de um Estado de Direito são garantia de observância de valores essenciais – foram efectivamente conduzidas de acordo com a lei.**

16. A fixação de um prazo de seis dias, para apresentação de propostas, neste concreto procedimento, viola pois os princípios da igualdade e da concorrência, fixados no nº 4 do artigo 1º do CCP.

A fixação de prazos tão reduzidos, em casos de empreitadas de obras públicas, põe igualmente em causa, como se disse, o princípio da transparência a que se deve subordinar toda a actividade administrativa, também expressamente consagrado nesta disposição legal.

Assim, se por mera hipótese se admitisse ter sido legal a opção por um concurso público urgente, a adopção do prazo de seis dias para apresentação de propostas, viola o disposto no nº 4 do artigo 1º do CCP e também, como se disse, o nº 2 do artigo 63º do mesmo código.

II.C – A fixação de especificações técnicas em artigos do mapa de quantidades com referência a um fabricante ou a uma proveniência determinados

17. Como se viu na matéria de facto, no mapa de quantidades de trabalho posto a concurso, nos artigos 1.3.1.1, 1.6.4.2 e 5.3.6.12, faz-se referência



às marcas “MASSA BARBOTHERM”, “MASTERTOP” e “LINERGY”, sem que as mesmas estejam acompanhadas da menção “*ou equivalente*”.

18. É verdade que, no caso do artigo 1.3.1.1., se observa o que foi justificado pela CMA quando foi confrontada com aqueles factos²¹. Mas essas justificações já não se podem invocar – e por isso a própria CMA não o fez – para os dois outros artigos.

Mas, sobretudo, não colhem os argumentos produzidos sobre esta matéria, pois o facto de, segundo a CM, se tratar de lapsos, não afasta a ilegalidade cometida.

19. Determinam os n.ºs 12 e 13 do art.º 49º do CCP que não é permitida a fixação 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 que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens. São, no entanto, excepcionalmente autorizadas tais indicações quando acompanhadas da menção “*ou equivalente*”, sempre que não seja possível descrever de forma suficientemente precisa e inteligível as prestações objecto do contrato.

Tais disposições normativas estão em consonância com as que resultam das directivas da Comunidade Europeia. Veja-se o disposto no n.º 8 do artigo 24º da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

20. Visam estas disposições normativas proibir que, mesmo por via indirecta, se dificulte ou afaste a participação na empreitada de empresas que não apresentem determinados produtos. E, impedir, que por esta via, certos agentes económicos adquiram vantagens no mercado, com violação das regras da concorrência.

As exigências de “*marcas*” são pois violadoras dos princípios de livre concorrência e de igualdade de oportunidades dos operadores económicos.

21. Conclui-se, assim, que ocorreu a violação dos referidos n.ºs 12 e 13 do artigo 49º do CCP. Embora não resulte dos autos que da violação referida

²¹ Vide acima a alínea t) do n.º 2.



tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, é preciso ter presente que aquele vício é susceptível de alterar aquele resultado.

Mas a gravidade da violação decorre ainda do facto²² de a CMA ter sido recentemente alertada por este Tribunal para a observância rigorosa daquelas disposições legais nos seus procedimentos. E, no presente processo, verifica-se que não seguiu tal recomendação.

II.D – A relevância das violações de lei identificadas para efeitos de concessão de visto

22. Como acima se demonstrou, no caso, deveria ter sido aberto concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

Ora, a ausência do concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, quando obrigatório - como é o caso – pode ter tido impacto na determinação dos potenciais interessados em aceder à contratação e, por isso, pode ter dado origem a alteração do resultado financeiro obtido no procedimento e, conseqüentemente, no contrato.

23. As demais violações de lei também identificadas – do nº 4 do artigo 1º, nº 2 do artigo 63º e dos nºs 12 e 13 do artigo 49º do CCP - podendo ter igualmente restringido o universo de potenciais interessados e concorrentes e ofendido a transparência que deve imperar no procedimento, são igualmente susceptíveis de ter alterado o resultado financeiro do procedimento.

Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do nº 3 do mesmo artigo 44º da LOPTC, quando aí se prevê *“ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.”*

Refira-se, a propósito, que quando se diz *“[i]legalidade 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 dos resultados financeiros.

²² Vide o Acórdão n.º 104/2009, de 5 de Maio, da 1.ªS/SS, como se refere acima na alínea t) nº2.



III – DECISÃO

24. Pelos fundamentos indicados, por força do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato.
25. Face ao que se refere acima nas alíneas q) e r) do n.º 2 e nos n.ºs 7 a 10, mais decidem dar conhecimento do presente acórdão à Comissão Técnica de Coordenação do QREN e à Autoridade de Gestão do Programa Operacional do Centro, e igualmente ao Ministério Público para que pondere suscitar junto da Jurisdição Administrativa a questão da legalidade do regulamento dos financiamentos comunitários
26. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas²³.

Lisboa, 12 de Abril de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

²³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/00, de 4 de Abril.



Tribunal de Contas

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)