



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 09/2009 - 18.Fev.2009 - 1ªS/PL

(Processo n.º 1493/08)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Alvará / Classificação de Empreiteiro de Obras Públicas / Comissão de Acompanhamento / Habilitação a Concurso / Princípio da Imparcialidade / Restrição de Concorrência / Visto com Recomendações

SUMÁRIO:

1. As comissões de acompanhamento do concurso - comissão de abertura do concurso e comissão de análise das propostas - são órgãos administrativos “ad hoc” administrativamente inseridos no Município e não comissões de acompanhamento permanentes, mesmo que de carácter temporário, pelo que os seus membros devem ser designados procedimento a procedimento (cfr. art.º 60.º, n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).
2. As comissões de acompanhamento com carácter permanente cujos membros sejam designados para todos os procedimentos que vierem a ser abertos 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 referidas comissões e potenciais concorrentes, o que poderá potenciar o favorecimento/desfavorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros e, conseqüentemente, violar o princípio da imparcialidade (cfr. art.º 6.º do Código do Procedimento Administrativo, e art.º 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).
3. A exigência, nos concursos de obras públicas, de mais do que uma subcategoria em classe que cubra o valor total da obra, viola o disposto no n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que apenas exige uma única subcategoria em classe que cubra o valor da obra.



Tribunal de Contas

4. A violação dos preceitos legais citados é susceptível de restringir o universo concorrencial e, conseqüentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.
5. Não estando demonstrada a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro do contrato e não constando dos autos que a entidade adjudicante já tenha sido objecto de recomendação anterior relativas aos normativos em causa, mostra-se justificado o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



ACORDÃO Nº 9 /2009 – 18FEV.09 -1ªS/PL

Proc. nº 1493/08

1. **O Município de Alvaiázere** remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada de *“Alargamento e Repavimentação da Estrada da Eira da Pedra (Carregal – Alvaiázere a Pousaflores - Ansião”*, celebrado em 6 de Agosto de 2008, com a empresa **“Construções J.J.R. & Filhos, S.A.”** pelo valor de **373.000,00€**, acrescido de IVA.

2. Para além dos factos referidos em 1 relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:
 - A) O contrato supra identificado foi precedido de concurso público, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 15 de Janeiro de 2008 e nas publicações a que se refere o n.º 1 do art.º 52.º do D.L. n.º 59/99, de 2 de Março.
 - B) O prazo de execução da obra é de 300 dias.
 - C) A empreitada é por série de preços.
 - D) A obra foi consignada a 5 de Setembro de 2008.
 - E) Em 8 de Novembro de 2005, a Câmara Municipal, no que às comissões de abertura do concurso e de apreciação das propostas diz respeito, proferiu a seguinte deliberação:

“(…) por se concordar que há toda a vantagem em que a Câmara Municipal designe, desde já, as comissões de acompanhamento dos concursos de empreitadas de obras públicas, cuja competência, para tal, lhe cabe, foi, mediante propostas do



Tribunal de Contas

Senhor Presidente, deliberado, por unanimidade, designá-las e constitui-las do seguinte modo: Comissão de abertura de concursos: Senhores Presidente da Câmara, que preside, Chefe da Divisão Administrativa e Financeira, que secretaria e chefe de Expediente. Na impossibilidade de algum destes elementos, a sua substituição é feita pelos Senhores Vereadores Dra. Celestina Grácio ou Dr. Fernando Simões; Comissão de Análise das Propostas: Senhores Vice-Presidente, Dr. Abel Reis, que preside, Chefe da Divisão Técnica de Obras e Serviços Urbanos e Chefe de Secção de Apoio Administrativo à Divisão Técnica de Obras, sendo os mesmos, em caso de impedimento, substituídos pelos Senhores Vereador Eng.º Carlos Graça ou pelo Senhor Presidente.”

- F)** No ponto III.2.1 do aviso de abertura de procedimento publicado em DR e ponto 6.2., alínea a) do Programa de Concurso, foi exigida aos concorrentes a detenção de alvará da 1ª e 6ª subcategorias da 2ª categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta;
- G)** Por se ter entendido que tais exigências violavam o disposto no n.º 1 do art.º 31º do DL n.º 12/2004 – este normativo exige apenas uma subcategoria – foi o Município confrontado com tal questão, tendo este dito o que se transcreve: *“A razão de se ter exigido aos concorrentes a detenção de alvará da 2ª categoria e das subcategorias em classe que cobrisse o valor global da proposta, deve-se ao facto de que, tratando-se de uma obra relativa á beneficiação de uma via de circulação rodoviária, que englobava obras de saneamento básico, às quais se atribuiu grande importância na empreitada, entendeu-se que deveria ser realizada*



por empreiteiro habilitado para a execução de obras de ambas as naturezas. Pesou ainda o facto do montante da obra ser de um valor que exigia a classe 3 ou inferior, para a qual os empreiteiros se encontram normalmente habilitados. Ninguém reclamou desta exigência, nem houve exclusões derivadas dela”

3. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO

Não estando em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alínea b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, com a nova redacção dada pela Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto, a questão que se coloca é a de saber se se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) e c) do referido preceito e, no caso de se verificar o fundamento previsto na alínea c), se é caso de se “*conceder visto e fazer recomendações (...) no sentido de suprir no futuro tais ilegalidades*”.

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

Dispõe o nº 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 nº 1 do artigo anterior, designada “comissão de abertura do concurso” e uma segunda que supervisionará as restantes fases, até à conclusão do concurso, designada “comissão de análise das propostas”.*



Tribunal de Contas

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, e conforme se pode ver do probatório, os membros das comissões de acompanhamento **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.

A nossa interpretação resulta dos seguintes considerandos:

- a)** A epígrafe do artigo aponta no sentido de 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.º 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.

3.1.2. Da violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro (alíneas F) e G) do probatório)

Dispõe o art.º 31.º do referido diploma, sob a epígrafe “Exigibilidade e verificação das habilitações”, que:

“1- Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.

2- A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.”



Da interpretação do referido preceito podemos concluir o seguinte:

- (i) se o dono da obra apenas exigir o que consta do n.º 1 do art.º 31.º não está a violar qualquer normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros;
- (ii) se apenas exigir o que consta do n.º 2 do art.º 31.º está a violar o disposto no n.º 1 do art.º 31.º;
- (iii) se fizer constar do programa do concurso as duas hipóteses¹ – a do n.º 1 e a do n.º 2 do art.º 31.º - não está a violar qualquer normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros, sendo que, nesta situação, apenas poderá exigir o que consta dos respectivos preceitos legais.

No caso dos autos, exigiu-se mais do que uma subcategoria em classe que cobrisse o valor total da obra, pelo que se mostra violado o disposto no n.º 1 do art.º 31.º daquele diploma.

3.2 Da consequência decorrente 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:**

¹ Ou seja, se, no programa do concurso, se disser que, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 1 do art.º 31.º, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 2, podem concorrer.



Tribunal de Contas

- 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 artº 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA)².

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 da violação daqueles preceitos tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, podemos

² 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.



Tribunal de Contas

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.**

Por outro lado, não temos dúvidas em afirmar que, uma maior exigência no que diz respeito à habilitação dos concorrentes é **susceptível de restringir o universo concorrencial** e, conseqüentemente, susceptível de alterar aquele resultado.

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*).

Porém, não estando adquirida a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro e não constando dos autos que a entidade adjudicante tivesse sido objecto de qualquer recomendação anterior, relativamente aos normativos em causa, afigura-se-nos oportuno fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

4. DECISÃO

Termos em que se decide:



Tribunal de Contas

- a) Visar o contrato em apreço;
- b) Recomendar à entidade adjudicante o rigoroso cumprimento, em empreitadas futuras, do que legalmente se encontra estatuído no n.º 1 do art.º 67º do Código dos Contratos Públicos (norma equivalente à do n.º 1 do art.º 60.º do DL 59/99, de 2 de Março) bem como no n.º 1 do artigo 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro.
- c) Sugerir que a entidade adjudicante divulgue este Acórdão pelos restantes órgãos municipais, bem como pelos serviços com competências na área da contratação pública.

São devidos emolumentos (n.º 1, alínea b) do art.º 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 18 de Fevereiro de 2009

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(António Santos Soares)

(Helena Abreu Lopes)

(João Figueiredo)

O Procurador-Geral Adjunto
(Daciano Pinto)