

ACÓRDÃO N.º 15/2010 - 20.Abr.2010 - 1ª S/SS

(Processo n.º 316/2010)

DESCRITORES: Empreitada de Obras Públicas / Alvará / Classificação de Empreiteiro de Obras Públicas / Prorrogação do Prazo / Publicação Obrigatória / Nulidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A exigência de alvará de construção com a classificação de empreiteiro geral ou construtor geral de obras de urbanização na 2.^a categoria em classe correspondente ao valor global da proposta, ou as 6.^a, 8.^a, 9.^a e 11.^a subcategorias da 2.^a categoria; as 2.^a, 7.^a e 12.^a subcategorias da 4.^a categoria e a 2.^a subcategoria da 5.^a categoria, todas na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem, viola o disposto no art.º 31.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.
2. A insuficiência das habilitações da empresa adjudicatária, por o seu alvará de empreiteiro geral de obras de urbanização, não possuir a classe correspondente ao valor da proposta, viola o disposto no art.º 31.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, no n.º 1 da Portaria n.º 1371/2008, de 2 de Dezembro e ainda nos arts. 132.º, n.º 1, al. f) e 81.º, n.ºs 2, 6 e 8 do Código dos Contratos Públicos (CCP).
3. A omissão de publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) da decisão de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas é violadora do disposto nos arts. 64.º, n.º 4 e 131.º, n.º 1, ambos do CCP.
4. As ilegalidades enunciadas nos pontos 1 e 3 são susceptíveis de restringir o universo concorrencial e, inerentemente, susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato.

5. No que concerne à ilegalidade mencionada no ponto 2, ela também é susceptível de potenciar a alteração do resultado financeiro do contrato de empreitada. Mas além disso, de acordo com o disposto no art.º 86.º, n.º 1 als. a) e b) do CCP, a adjudicação caduca se, por facto que lhe não seja imputável, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento ou no prazo fixado pelo órgão competente para a decisão de contratar, como sucedeu no caso.
6. A falta de um acto de adjudicação válido determina a nulidade do contrato, por força do disposto, conjugadamente nos arts. 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo e 283.º, n.º 1 e 284.º, n.º 2 do CCP.
7. A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Transitou em julgado em

11/05/10

ACORDÃO Nº 15 /10 – 20.ABR.2010 – 1ªS/SS

Processo nº 316/10

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

I – RELATÓRIO

A **Câmara Municipal de Mogadouro** remeteu, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada celebrado em 4 de Março de 2010, entre o **Município de Mogadouro** e a sociedade “**Santana e C.^a, SA**” pelo valor de 3.509.160,98 €, acrescido de IVA, tendo por objecto a “Obra de Recuperação da Zona Histórica da sede do concelho – 1ª e 2ª fases”.

II – MATÉRIA DE FACTO





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

- A) O contrato em apreço foi precedido de concurso público internacional, cujo aviso de abertura foi publicado no *Diário da República*, II Série, de 5 de Agosto de 2009 e no JOUE, de 8 de Agosto de 2009;
- B) O preço base do concurso foi de 5.846.861,52 €, acrescido de IVA;
- C) Ao concurso apresentaram-se 17 concorrentes, tendo sido todos admitidos;
- D) O prazo de execução da obra é de 730 dias;
- E) A consignação da obra ainda não ocorreu;
- F) O critério de adjudicação, de acordo com o Programa do Concurso e o Anúncio do mesmo, contempla a ponderação dos seguintes factores:
 - Preço – 60%;
 - Qualidade técnica da proposta – 40%.
- G) No ponto 16 do Programa de Concurso e no ponto 8 do Anúncio do mesmo concurso, foi exigido aos concorrentes, em termos de habilitações, a titularidade de alvará de empreiteiro geral ou construtor geral de obras de urbanização na 2ª categoria, em classe correspondente ao valor da proposta, ou as 6ª, 8ª, 9ª e 11ª subcategorias da 2ª categoria, as 2ª, 7ª e 12ª subcategorias da 4ª categoria e a 2ª subcategoria da 5ª categoria, todas na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem;



Tribunal de Contas

- H) Questionado o Município de Mogadouro sobre as razões pelas quais efectuou a exigência referida na alínea anterior, tendo em conta o que dispõe o artigo 31º, nº1, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, veio o mesmo dizer o seguinte, em síntese:

“... Em relação a este ponto cumpre-nos informar que, o Município de Mogadouro tem tido o cuidado de só aceitar propostas em que as subcategorias necessárias, pelo menos uma, tenha classe que cubra o valor global da proposta, o que também se fez ao verificar as propostas do presente concurso, no entanto, por lapso dos serviços edilidade, como se afirma na resposta ao ponto 1, não foi verificado o respectivo alvará do concorrente Santana, SA.

Verifica-se também que todos os concorrentes apresentam as subcategorias da categoria exigida que cobrem o valor dos trabalhos da especialidade respectiva...”

- I) A empresa adjudicatária comprovou a sua habilitação para a execução da empreitada através da apresentação de alvará de construção onde se constata que é Empreiteiro Geral de Obras de Urbanização, da 2ª categoria, na **classe 5**;
- J) Questionada a entidade adjudicante sobre como considerava legalmente possível admitir a empresa adjudicatária, face às habilitações exigidas, às habilitações da adjudicatária - designadamente a classe de que era titular, na 2ª categoria - e ao disposto no nº1, da Portaria nº 371/2008 de 2 de Dezembro, veio a mesma entidade dizer, em síntese, o seguinte:

“... Em relação a este ponto cumpre-nos informar que, efectivamente, a empresa Santana & C.ª S.A., não detém na classificação de empreiteiro geral de obras de urbanização, classe suficiente para cobrir o valor da proposta.

Por lapso dos serviços desta Edilidade, não foi verificado o respectivo Alvará aquando da apresentação dos documentos de habilitação como exige o nº2 do artigo 81º do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto — Lei nº18/2008 de 29 de Janeiro, na redacção dada pelo Decreto — Lei nº278/2009 de 02 de Outubro...”



- K)** Na sequência da apresentação, pelos interessados, de erros e omissões do caderno de encargos, o Presidente da Câmara Municipal de Mogadouro, por despacho proferido em 2 de Outubro de 2009, aprovou os erros e omissões aceites, nos termos do artigo 61, nº5 do CCP, determinando a submissão do assunto à reunião seguinte do Executivo Municipal, para ratificação; ¹
- L)** Na sequência da apresentação dos erros e omissões, referida na alínea anterior, e da sua aprovação e aceitação pelo órgão competente para a decisão de contratar, foi decidido prorrogar o prazo fixado para a apresentação das propostas, até ao dia 19-10-2009, do que foi dada notícia no *Diário da República*, 2ª série, de 06-10-2009, ² sem que, todavia, da decisão de prorrogação do dito prazo, tenha sido publicado aviso no JOUE;
- M)** Questionado o Município de Mogadouro sobre a matéria referida na alínea anterior, designadamente a omissão da publicação, no JOUE, da decisão de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas, veio a autarquia responder o seguinte, em síntese:

“... Em relação a este ponto, informa-se o seguinte, existiu uma falta de elucidação entre os Serviços desta Autarquia e os Serviços de publicação do Diário da República, porquanto, aquando do preenchimento do anúncio inicial do procedimento concursal, ora em apreço, seleccionou-se a opção publicação no Jornal da União Europeia. O anúncio devidamente preenchido foi enviado e o Diário da República procedeu à respectiva publicação e ao envio do mesmo para o JOUE.

Aquando da prorrogação do prazo relativo a erros e omissões o procedimento foi exactamente o mesmo. Ou seja, os Serviços desta Edilidade preencheram o respectivo anúncio, seleccionando a opção, publicação no Jornal da União Europeia. Acontece porém que, contrariamente ao sucedido com a primeira publicação o Diário da República não remeteu para publicação no JOUE o anúncio de prorrogação de prazo, tendo esta Câmara Municipal ficado,

¹ Vide fols. 146 dos autos.

² Vide fols. 147 e 148 dos autos.



convicta que o procedimento de publicação era em todo igual à publicação do primeiro anúncio, o que efectivamente não aconteceu...”.

III – O DIREITO

1. Suscitam-se, no presente processo, as seguintes questões:

- a) A questão das **habilitações** exigidas aos concorrentes;
- b) Uma questão relativa às **habilitações apresentadas** pela empresa adjudicatária, para a realização da obra posta a concurso;
- c) Uma terceira questão, relacionada com a **falta de publicação no JOUE** da **decisão de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas**.

2. Vejamos, então, em que consiste a primeira questão, ou seja a das **habilitações exigidas aos concorrentes**:

2. 1. Dispõe o artigo 31º do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro:

Artigo 31º

Exigibilidade e verificação das habilitações

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.

3 – Os donos de obras públicas, os donos de obras particulares nos casos de isenção ou dispensa de licença ou autorização administrativa e as entidades licenciadoras de obras particulares de-



vem assegurar que as obras sejam executadas por detentores de alvará ou título de registo, contendo as habilitações correspondentes à natureza e valor dos trabalhos a realizar, nos termos do disposto nas portarias referidas nos nºs 4 e 5 do artigo 4º e no nº 5 do artigo 6º.

.....

Resulta, assim, deste normativo, que se o dono da obra posta a concurso, exigir apenas o que consta do nº1, deste artigo 31º, não viola qualquer dispositivo relativo às habilitações exigidas aos empreiteiros.

Por outro lado, se, no programa do concurso, o dono da obra possibilitar que, quer os empreiteiros com a habilitação mencionada no nº1, do artigo 31º, quer os empreiteiros com a habilitação referida no nº2, do mesmo normativo, podem concorrer, também não viola qualquer dispositivo legal relativo às habilitações exigidas aos empreiteiros.

Porém, se exigir o que consta do nº2, do citado artigo 31º, e/ou, também, mais do que uma subcategoria em classe que corresponda ao valor da proposta, está a violar o disposto no nº1 do dito artigo 31º.

2. 2. No caso *sub judice*, foi exigido o alvará de construção com a classificação de empreiteiro geral ou construtor geral de obras de urbanização na 2ª categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta, ou as 6ª, 8ª, 9ª e 11ª subcategorias da 2ª categoria; as 2ª, 7ª e 12ª subcategorias da 4ª categoria e a 2ª subcategoria da 5ª categoria, todas na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem.

Com esta exigência, tem-se por satisfeita a previsão do nº2 do referido artigo 31º, do DL nº 12/2004, de 9 de Janeiro, mas não a do nº1, do mesmo normativo, uma vez que não foi exigida uma única subcategoria em classe que cobrisse o valor global da obra, a qual devia respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo.



Este preceito do DL n° 12/2004 de 9 de Janeiro, tem como escopo essencial adequar as exigências habilitacionais dos concorrentes, relativamente às obras a realizar, por forma a que não se exijam habilitações em excesso, o que introduziria restrições no acesso a tais obras, designadamente no que concerne às empresas de menor dimensão.

Por outro lado, tais restrições no acesso às obras, seriam, em tudo, idóneas para vir a afectar, negativamente, a concorrência.

Foi, por isso, violado o disposto no n°1, do citado artigo 31° do DL n° 12/2004 de 9 de Janeiro.

3. No que se refere à *segunda das questões* que se colocam no presente processo, ou seja a das **habilitações apresentadas pela empresa adjudicatária para a realização da empreitada**, há que observar o seguinte:

O Programa de Concurso Tipo, aprovado pela **Portaria n° 104/2001, de 21 de Fevereiro**, estabelece, no seu n° 6.2, e na parte que ora interessa ponderar, o seguinte:

6.2 - O certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas previsto na alínea a) do n° 6.1, deve conter:

a1) A classificação como empreiteiro geral de ... (edifícios, estradas, vias férreas, obras de urbanização, obras hidráulicas, instalações eléctricas ou instalações mecânicas, de acordo com o estabelecido na Portaria n° 412-I/99 de 4 de Junho) na ... (1ª, 3ª 4ª ou 5ª) categoria, em classe correspondente ao valor da proposta;

ou

a2) A ... subcategoria da ... categoria, a qual tem de ser de classe que cubra o valor global da proposta e integrar-se na categoria em que o tipo da obra se enquadra;³

³ Esta alínea aplica-se quando a obra não envolva de forma principal a execução de trabalhos enquadráveis nas subcategorias determinantes para a classificação como empreiteiro geral ou quando, podendo ser exigível a classificação como empreiteiro geral, o dono da obra não a exija.



- b) A(s)...subcategoria(s) da(s)...categoria(s), na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeite(m), caso o concorrente não recorra à faculdade conferida no n.º 6.3 (indicar as restantes subcategorias necessárias à execução da obra).”

Das disposições acabadas de transcrever resulta que:

- Deve ser exigida a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivo;
- Esta subcategoria terá de ser de *classe que cubra o valor global da proposta*.

3. 1. No que diz respeito ao Programa de Concurso e aos documentos de habilitação que devem ser apresentados pelos adjudicatários nos procedimentos de formação de quaisquer contratos, rege o disposto nos artigos 132º, nº1, al. f) e 81º, nºs 2, 6 e 8, do **Código dos Contratos Públicos (CCP)**, aprovado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro.

Dispõe o artigo 132º, nº1, al. f), do CCP o seguinte:

Artigo 132º
Programa do Concurso

1 – O programa do concurso público deve indicar:

-
f) Os documentos de habilitação, directamente relacionados com o objecto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do disposto no nº6, do artigo 81º;⁴
.....

Por seu lado, o artigo 81º, do CCP, nos seus nºs 2 e 6, estipula:

Artigo 81º
Documentos de habilitação

⁴ A redacção desta alínea – que era a que vigorava à data da adjudicação, no caso presente - veio a ser alterada pelo DL nº 278/2009 de 2 de Outubro.



.....
2 – No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, o *adjudicatário*, para além dos documentos referidos no número anterior, deve também apresentar *os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar* ou, no caso de o contrato respeitar a um lote funcionalmente não autónomo, as habilitações adequadas e necessárias à execução dos trabalhos inerentes à totalidade dos lotes que constituem a obra.⁵
.....

6 – Independentemente do objecto do contrato a celebrar, o adjudicatário deve ainda apresentar os documentos de habilitação que o programa do procedimento exija, nomeadamente, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de aquisição de serviços, quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços em causa.
.....

8 – O órgão competente para a decisão de contratar pode sempre solicitar ao adjudicatário, ainda que tal conste do programa do procedimento, a apresentação de quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objecto do contrato a celebrar, fixando-lhe prazo para o efeito.

Por outro lado, e no que se refere às *classes das habilitações* contidas nos alvarás de construção e aos correspondentes valores dos trabalhos, há que observar o que dispunha a **Portaria nº 1371/2008 de 2 de Dezembro**, em vigor à data em que foi aberto o procedimento que antecedeu o presente contrato.⁶

Na verdade, o nº1º, desta Portaria, estabelecia que, à **classe 5**, correspondiam trabalhos com um valor até 2.656.000 €, e que, à **classe 6**, correspondiam trabalhos com um valor até 5.312.000 €.

⁵ Itálico nosso.

⁶ A Portaria nº 1371/2008 de 2 de Dezembro veio a ser revogada pela Portaria nº 21/2010 de 11 de Janeiro.



Tribunal de Contas

Assim é que, no que concerne a trabalhos com o valor a que se refere a presente empreitada (3.509.160,98 €), e tendo em conta o disposto no n.º 1.º da dita Portaria, seria a **classe 6**, aquela que seria a adequada para esses trabalhos e não a *classe 5*, que era a classe detida pela adjudicatária.

Ora, deve assinalar-se que, como consta da matéria de facto dada por assente na alínea **I)** do probatório, a empresa adjudicatária não possui as habilitações exigidas pelo Programa de Concurso (ou seja a classificação como empreiteiro geral ou construtor geral de obras de urbanização, na 2.ª categoria, em classe correspondente ao valor da proposta).

Efectivamente, apenas possui alvará de empreiteiro geral de obras de urbanização, na 2.ª categoria, na **classe 5**, o que não é suficiente para cobrir o valor da proposta.

A circunstância de o adjudicatário não possuir as habilitações necessárias conduz a que este não assegure que a obra seja realizada nas condições técnicas adequadas.

Foi, assim, violado o disposto, conjugadamente, no 31.º, n.º2 de 9 de Janeiro, no n.º1 da Portaria n.º 1371/2008 de 2 de Dezembro e ainda nos artigos 132.º, n.º1, al. f) e 81.º, n.ºs 2, 6 e 8 do CCP.

4. Vejamos, de seguida, a questão de **não ter sido efectuada a publicação, no JOUE, da decisão de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas.**

Como se mostra da matéria de facto dada por assente na alínea **K)** do probatório, em 02-10-2009, o senhor Presidente da Câmara Municipal de Mogadouro proferiu despacho aprovando os erros e omissões aceites, nos termos do disposto no artigo 61.º, n.º5, do CCP, determinando a submissão do assunto à reunião seguinte do Executivo Municipal, para ratificação.



Tribunal de Contas

Como, igualmente, resulta da factualidade assente na alínea L) do probatório, tendo sido decidido prorrogar o prazo para a apresentação de propostas até ao dia 19-10-2009, de tal situação foi publicado aviso no *Diário da República*, 2ª série, de 6 de Outubro de 2009, mas não foi publicado idêntico aviso no *JOUE*.

Ora, a omissão de publicação, no *JOUE*, do aviso de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas é violadora do disposto nos artigos 64º, nº4 e 131º, nº1, ambos do CCP.

5. Vejamos, finalmente, as consequências decorrentes da violação do disposto nos mencionados artigos 31º, nº1, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, e 64º, nº4, 81º, nºs 2 e 6, 131º, nº1 e 132º, nº1, al. f) do Código dos Contratos Públicos.

5. 1. No que se refere à violação do disposto no artigo 31º, nº1, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, bem como quanto à violação do disposto nos artigos 64º, nº4 e 131º, nº1, do CCP, - correspondentes às 1ª e 3ª questões enunciadas supra, no ponto III. 1. - não estando em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alíneas b) do nº 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, a questão que se coloca é a de saber se, para aquelas ilegalidades, se verifica o fundamento de recusa de visto estabelecido na alínea a) ou na alínea c) do referido preceito e, nesta última hipótese, se é caso de se “conceder visto e fazer recomendações (...) no sentido de suprir no futuro tais ilegalidades”.

A invalidade dos actos administrativos e, designadamente, a matéria da nulidade dos mesmos actos, é tratada nas secções III e IV, do Capítulo II, da Parte IV do Código do Procedimento Administrativo (CPA), mais precisamente nos artigos 133º (actos nulos), 134º (regime da nulidade), 137º (ratificação, reforma e conversão) e 139º, nº1, al. a) (revogação).



Ora, pode dizer-se que, em abstracto, um acto administrativo ferido de ilegalidade decorrente da violação dos artigos 31º, nº1 do DL nº 12/2004 e dos artigos 64º, nº4 e 131º, nº1, do CCP, não está previsto no elenco dos actos para os quais o artigo 133º, do CPA comina a nulidade, como forma de invalidade, porquanto:

- O acto ferido do vício resultante das referidas violações de lei, não está previsto no nº 2 do artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo (CPA);⁷
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine expressamente essa forma de invalidade (vide nº 1 do artigo 133º do CPA);
- Um acto de adjudicação de uma empreitada, que apenas sofra do vício resultante da violação dos mencionados normativos, 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 artigo 133º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA).⁸

Assim, não sendo as mencionadas ilegalidades, geradoras de nulidade, só podem as mesmas ser geradoras de *anulabilidade*, tal como se dispõe no artigo 135º do mesmo CPA.

Ora, afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do nº 3 do art.º 44 da Lei 98/97, e tendo nós dado por assente que as citadas violações de lei ocorridas, são geradoras de *anulabilidade*, importa, agora, analisar se as mesmas são enquadráveis no disposto na alínea c) do nº 3 do mesmo normativo.

⁷ Anote-se, contudo, que a enumeração é meramente exemplificativa.

⁸ Vide, entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 30/05-15NOV-1.ª S/PL, e nº 135/07 – 27. NOV.07-1ª S/SS.



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 desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos geradores de despesa, ou representativos de responsabilidades, que implique ilegalidade que *altere* ou *possa alterar* o resultado financeiro do contrato, submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

5. 2. Como se viu acima, *por um lado, violado foi*, no caso presente, o disposto no artigo 31º, nº1, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, e, *por outro*, o disposto nos artigos 64º, nº4 e 131º, nº1, do CCP.

5. 2. 1. No que concerne à primeira destas ilegalidades, há que referir que, embora do processo não resulte que, da violação do disposto no artigo 31º, nº1, do DL nº 12/2004, tenha resultado a alteração *efectiva* do resultado financeiro do contrato, não há dúvida de que a violação de lei verificada é susceptível de produzir tal alteração.

Efectivamente, estamos perante a possibilidade de tal ilegalidade consequenciar a restrição do universo dos potenciais concorrentes ao mencionado concurso, dada a maior exigência habilitacional formulada, e, com isso, se nos deparar a inerente susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato.

Aliás, para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea c) do nº3, do citado artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, basta o simples *perigo ou risco* de que a ilegalidade constatada possa determinar a alteração do resultado financeiro do contrato.

É isso, efectivamente, o que resulta da letra da referida alínea c), quando refere “Ilegalidade que ... *possa alterar* o respectivo resultado financeiro”.



5. 2. 2. Importa, agora, aludir às *consequências da ilegalidade resultante da omissão da publicação, no JOUE, da decisão de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas*, e consubstanciada na violação dos artigos 64º, nº4 e 131º, nº1, do CCP.

Como se disse acima, e emerge da matéria de facto dada por assente, a empreitada tinha tido um valor estimado de € 5.846.861,52.

Este valor era superior ao limiar estabelecido no artigo 7º, al. c) da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, na redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro,⁹ limiar este que é de 5.150.000,00 €.

Ora, em razão deste limiar, do disposto nos artigos 64º, nº4 e 131º, nº1, do CCP, bem como do valor estimado do contrato, era plenamente aplicável o disposto nos artigos 19º, nº1, al. b) do CCP.

Ou seja, era obrigatória a publicação, no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, da decisão que prorrogou o prazo de apresentação de propostas, no concurso que precedeu o contrato aqui em apreço.

Como resulta do probatório (vide a matéria de facto constante da alínea L)), o anúncio da decisão de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas apenas foi publicado no *Diário da República*.

Uma dos valores fundamentais, característicos dos procedimentos pré-contratuais, é o da observância do *princípio da concorrência*.

E isto porque, só com um procedimento que assegure a concorrência, é possível obter a satisfação do interesse público.

⁹ Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, de 5 de Dezembro de 2007.
Veja-se, também, o disposto na al. e), do artigo único, da Portaria nº 701-C/2008 de 29 de Julho.



Tribunal de Contas

Como refere LUÍS S. CABRAL DE MONCADA,¹⁰ o objectivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e um comportamento concorrenciais dos vários mercados, no pressuposto de que é o mercado livre que, seleccionando os mais capazes, logra orientar a produção para os sectores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afectação dos recursos económicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços.

Deste modo, a concorrência é encarada, segundo este Autor, como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação económica, quer ao nível do consumidor, quer ao nível dos produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política económica.

Um dos instrumentos necessários para assegurar o princípio da concorrência é, por outro lado, a observância de um outro princípio fundamental neste âmbito: *o princípio da publicidade*.

Para que se obtenha a participação do maior número possível de concorrentes aos procedimentos pré-contratuais, necessário é que o mercado da contratação pública seja o mais aberto possível, o que pressupõe que as entidades adjudicantes publicitem, pelo modo mais adequado, a sua vontade de contratar.

Assim, poderá dizer-se que, sem publicidade, não haverá uma verdadeira concorrência.

É essa, pois, a *ratio legis* que preside às normas legais que impõem a publicitação dos procedimentos concursais - e respectiva tramitação - no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia*: Só com tal publicidade é possível dar conhecimento, às empresas nacionais e comunitárias, da intenção de contratar, o que, por outro lado, possibilita

¹⁰ In “*Direito Económico*”, 5ª edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, pág. 486 e seg.



Tribunal de Contas

potenciar a igualdade de oportunidades entre todos os operadores económicos do espaço comunitário. ¹¹

Ora, ao omitir-se a publicidade no JOUE, da decisão que prorrogou o prazo de entrega de propostas, decorrente da apresentação de erros e omissões por parte dos interessados, prejudicou-se a realização da mais ampla concorrência possível e da igualdade de oportunidades entre os agentes económicos do espaço comunitário. ¹²

Como se disse nos Acórdãos n.ºs 119/2007, de 30 de Agosto de 2007 ¹³ e 32/09, de 14 de Julho de 2009, ¹⁴ a exigência de publicidade no JOUE, responde não só a um imperativo de direito interno, mas também de direito comunitário, sendo que, inexistindo nas directivas aplicáveis, qualquer norma a autorizar a derrogação dessa publicidade, a sua violação é susceptível de fazer incorrer Portugal, enquanto país membro da União Europeia, numa acção de incumprimento, nos termos previstos nos artigos 226º a 229º do Tratado CEE, e na consequente prolação de acórdão condenatório, por parte do Tribunal de Justiça Europeu. ¹⁵

¹¹ O Acórdão Telaustria, de 7 de Dezembro de 2000, do Tribunal de Justiça (Proc. N.º C-324/98, Colect.2000, p. I-10745), a propósito da aplicação das regras fundamentais do Tratado e do princípio da não discriminação em particular, declarou que, independentemente das directivas, este princípio implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência, consistindo essa obrigação “em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequada para garantir a abertura da concorrência dos contratos de serviços, bem como o controle da imparcialidade dos processos de adjudicação”. Neste Acórdão conclui-se, aliás, que as obrigações de transparência e publicidade decorrem do princípio da igualdade e ainda que a sua aplicação em concreto não esteja dependente da existência de regulação específica, sendo certo que a lei portuguesa regula especificamente esta situação, como decorre do supra referido.

¹² Vide, neste sentido, os Acórdãos deste Tribunal n.ºs 115/2007 de 2 de Agosto de 2007, in Proc. n.º 699/07 e n.º 115/08, de 30 de Setembro de 2008, in Proc. n.º 1042/08.

¹³ In Processo n.º 868/2007.

¹⁴ In Recurso Ordinário n.º 14/2009.

¹⁵ Sobre a Acção de incumprimento e as consequências jurídicas dos Acórdãos do Tribunal de Justiça Europeu, veja-se FAUSTO QUADROS e ANA M. GUERRA MARTINS, in “*Contencioso Comunitário*”, ed. Almedina, Coimbra, 2002, pág. 186.



Tribunal de Contas

Acentuam, ainda, estes Arestos, que têm sido frequentes as situações de incumprimento de directivas comunitárias, na área da contratação pública, desencadeadas pela Comissão contra Estados Membros, e decididas pelo Tribunal de Justiça Europeu.

E a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, quer em sede de acções de incumprimento, quer em sede de questões prévias e prejudiciais suscitadas pelos juízes nacionais, - enquanto primeiros aplicadores e garantes da aplicação do Direito Comunitário - tem sido invariável no sentido de que, relativamente aos contratos abrangidos pelas directivas comunitárias, bem como relativamente às entidades sujeitas ao seu âmbito de aplicação, não há fundamento - a não ser que expressamente previsto nas directivas - para, situando-se os contratos em causa acima dos limiares comunitários, não proceder à realização de concurso publico internacional e à sua publicação no JOUE ou através de qualquer outro meio idóneo ao nível da União Europeia, por forma a assegurar a concorrência comunitária e a concretização do mercado interno. ¹⁶

O mesmo se deve dizer, aliás, relativamente à publicidade de decisões que contendem com o prazo de apresentação de propostas (aumentando-o), uma vez que está, aí, também em causa a defesa do princípio da concorrência e a concretização do princípio da igualdade de oportunidades entre operadores económicos do espaço comunitário.

Estamos, pois, no que concerne à violação do disposto nos artigos 64º, nº4 e 131º, nº1 do CCP, perante uma ilegalidade que pode alterar o resultado financeiro do contrato, - dada a falta de concorrência alargada ao espaço económico europeu e os riscos de que derivam, para o Estado Português, do incumprimento das suas vinculações externas, - o que, pela sua relevância, não

¹⁶ Conf., neste sentido, designadamente, ANN LAWRENCE DURVIAUX, in “*Logique de marche et marché publique en droit communautaire : Analyse critique du système*”, Bruxelles, 2006, Larcier, pág. 407 a 427 ; PHILIPPE FLAMME, MAURICE-ANDRÉ FLAMME, CLAUDE DARDENNE, in « *Les Marchés Publics Européens et Belges, L'Irrésistible Européanisation du Droit de la Commande Publique* », 2005, Bruxelles, Larcier, pág. 89 a 110 e MARIA JOÃO ESTORNINHO, in « *Direito Europeu dos Contratos Públicos, um Olhar Português*», ed. Almedina, Coimbra, 2006, pág. 61 a 105.



Tribunal de Contas

permite o uso da faculdade prevista no n.º4, do artigo 44.º, da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

5. 3. Relativamente à segunda questão enunciada no ponto III. 1., ou seja a da *insuficiência das habilitações da empresa adjudicatária*, por o seu alvará de empreiteiro geral de obras de urbanização, não possuir a classe correspondente ao valor da proposta, importa dizer o seguinte:

Como vimos acima, no Programa de Concurso, - e no que se refere à classificação de empreiteiro geral, ou construtor geral da 2.ª categoria - foi indicado que deveria ser possuidor de classe correspondente ao valor da proposta.

Ora, como resulta da matéria de facto dada por assente na alínea **I**) do probatório, o adjudicatário não possui a classe correspondente ao valor da proposta (classe 6) – tal como exigido no Programa de Concurso – e que apenas possui a classe 5 - a que correspondem, como se viu acima, trabalhos com um valor até € 2.656.000 - de harmonia com o que dispõe a supra referida Portaria n.º 1371/2008 de 2 de Dezembro.

Ora, esta ilegalidade, para além de ter consequenciado um alargamento do universo dos potenciais concorrentes ao concurso que precedeu o presente contrato, permitiu a candidatura de empresas que não dispunham das habilitações legalmente necessárias para a realização da obra aqui em causa.

Deste modo, desta ilegalidade, decorreu, ainda, que a obra tivesse sido adjudicada a quem não reunia condições técnicas adequadas à sua realização.

Tal situação é, por isso, susceptível de potenciar a alteração do resultado financeiro do presente contrato de empreitada e tipifica uma ilegalidade que altera ou, com elevada probabilidade, pode alterar o resultado financeiro do contrato que, deste ponto de vista, é fundamento de recusa do visto, nos termos do artigo 44.º, n.º3, al. c) da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto, e, pela sua



Tribunal de Contas

relevância, não consente o uso da faculdade prevista no n.º4, do artigo 44.º, da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

Todavia, as consequências jurídicas desta ilegalidade não ficam por aqui.

Efectivamente, há que não perder de vista o disposto no artigo 86.º, n.º1, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos, de acordo com o qual a adjudicação caduca se, por facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento, ou no prazo fixado pelo órgão competente para a decisão de contratar.¹⁷

Ora, no caso vertente, o adjudicatário não apresentou documento comprovativo de que o alvará, de que é titular, possui a classe 6, como exigido no Programa de Concurso.

Nestas circunstâncias, a adjudicação decidida pelo órgão competente para a decisão de contratar, - e notificada ao adjudicatário nos termos do artigo 77.º, n.º2, do CCP -, *caduca* por força do disposto no mencionado artigo 86.º, n.º1, al. b) do mesmo Código.

Além disso, tal facto é imputável ao adjudicatário, uma vez que não procurou reunir os requisitos habilitacionais necessários e suficientes para cumprir as exigências formuladas no Programa de Concurso.

Por sua vez, caducando a adjudicação, estamos perante a ausência de um acto de adjudicação validamente praticado.

A falta de um acto de adjudicação válido, determina, por seu turno, a nulidade do contrato, por força do disposto, conjugadamente nos artigos 133.º, n.º1 do CPA e 283.º, n.º1 e 284.º, n.º2, do CCP:

¹⁷ Este, no caso previsto no n.º8, do artigo 81.º do CCP.

No mesmo sentido decidiu este Tribunal no seu Acórdão n.º 145/09 de 8 de Setembro de 2009, in Proc.n.º 1312/09.



Efectivamente, dispõe o artigo 133º, nº1, do CPA:

Artigo 133º

Actos nulos

1 – São nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.

.....

Por outro lado, estipulam os artigos 283º, nº1 e 284º, nº2, do CCP:

Artigo 283º

Invalidez consequente de actos procedimentais inválidos

1 – Os contratos são nulos se a nulidade do acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo.

.....

Artigo 284º

Invalidez própria dos contratos

1 -

2 – Os contratos são, todavia, nulos quando se verifique algum dos Fundamentos previstos no artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo ou quando o respectivo vício determine a nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo.

3 -

Ora, a nulidade é, por seu lado, fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 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 (artigo 5º, nº 3 do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 20 de Abril de 2010.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)



Tribunal de Contas

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)