



Transitou em julgado em 05/09/11

ACÓRDÃO N.º 54/2011 - 27/06/2011 – 1ª SECÇÃO/SS

PROCESSO Nº 653/2011

I. RELATÓRIO

A **Câmara Municipal de Mangualde** remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato [designado por “*misto*”] para a elaboração de projectos e de empreitada de Beneficiação e Reparação de Casas do Município-Habituação Social, celebrado, em 14.04.2011, entre aquele Município e a empresa “*João Cabral e Filhos, Lda.*”, pelo valor de € 584 294,64, acrescido de IVA à taxa legal aplicável.

II. DOS FACTOS

Para além da materialidade referida em I., consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos:

1.

O contrato, designado por “*misto*”, foi precedido de concurso público com publicidade internacional, tendo o correspondente Anúncio de procedimento sido publicado no Diário da República, II.ª Série, de 20.08.2010;

2.

A abertura do concurso público foi autorizada por deliberação da Câmara Municipal de Mangualde, de 07.06.2010, a qual também autorizou a despesa inerente ao



Tribunal de Contas

contrato a celebrar e aprovou o Programa do Procedimento e o Caderno de Encargos;

3.

Ao concurso foram apresentadas quatro [4] propostas, sendo que uma destas foi excluída por não apresentação de projectos de especialidades e uma outra por incumprimento do prazo de apresentação da proposta;

4.

O prazo de execução da obra é de 210 dias;

5.

A consignação da obra ocorreu em 26.05.2011;

6.

O preço-base fixado para o procedimento cifra-se em € 588 000,00;

7.

O critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa e de acordo com a ponderação dos factores, a saber:

- Preço – 30%;
- Valia técnica dos projectos de execução de beneficiação e reparação – 50%;
- Qualidade técnica da proposta – 20%;

8.

Questionada a entidade adjudicante a propósito do eventual não preenchimento dos requisitos legitimadores do apelo à formação do contrato misto [vd. art.º 32.º, do Código dos Contratos Públicos], a mesma respondeu pela forma seguinte:

“(…)”



Tribunal de Contas

Como consta da memória do Procedimento, o objecto da empreitada posto a concurso diz respeito à beneficiação e reparação de 20 habitações unifamiliares geminadas no bairro municipal de Mangualde, sendo que, como também na mesma Memória se faz notar, diversos moradores dessas habitações a intervencionar construíram anexos e extensões das mesmas, originando soluções construtivas e de materiais de grande precariedade.

Tal como ainda foi desde logo apontado na mesma Memória (ponto 4.2), as anomalias detectadas têm como causa o envelhecimento e desgaste verificado pelo decurso do tempo, sendo da responsabilidade dos concorrentes inteirarem-se no local das patologias que afectam as construções.

Por sua vez, como não poderia deixar de ser, da elaboração dos projectos de execução, consta obrigatoriamente o projecto de estabilidade, projecto de redes pluviais de abastecimento de água, projecto de rede de drenagem de águas residuais e projecto de instalações eléctricas. Projectos estes que, deverão obrigatoriamente assentar no escrupuloso cumprimento da realidade existente que constituiu o seu pressuposto básico, a partir do qual deverão ser executados, sob pena de, em sede da realização da empreitada ocorrerem inevitavelmente trabalhos acrescidos, além daqueles que inicialmente eram os previstos.

A experiência mostra que, neste tipo de intervenção (reabilitação e requalificação) assim acontece a grande maioria das vezes, escudando-se então o empreiteiro, e se assim for, legitimamente, na necessidade de realizar trabalhos que afinal são necessários e imprescindíveis para a realização da empreitada e que não constam, nesse caso, do caderno de encargos por também não terem sido previstos no respectivo projecto de execução, o que redundará inevitavelmente, em aumento do preço a pagar pela empreitada em consequência da realização desses trabalhos e, por conseguinte, num aumento da despesa.



Ao invés, no presente tipo de contrato misto de concepção construção, o empreiteiro que executa a obra, está a cumprir um projecto da sua responsabilidade, e que ele próprio propôs como sendo o que se impunha em face da realidade existente, que constitui o quadro em que a empreitada irá ser efectuada.

Neste caso, não poderá o executor da obra alegar que o projecto não contempla trabalhos que deveria contemplar, pois este é da sua responsabilidade, assim como foi da sua responsabilidade averiguar no local das anomalias existentes, pelo que, se alguma falha existe, só a ele pode ser imputada, não podendo fazer reverter sobre o dono da obra qualquer ónus ou encargos daí resultante.

Isto é, para que possam ocorrer trabalhos a mais que esta Câmara Municipal tenha que pagar como tal, não bastará ao empreiteiro demonstrar que existem trabalhos que não estão previstos nos projectos e que deveriam estar; é também imperativo que demonstre que eles não foram previstos nem eram previsíveis à data da elaboração desses mesmos projectos, o que só por si, reduz drasticamente, ou mesmo anula, as situações em que isso possa suceder.

Daí que, precisamente nesta senda, se tivesse feito constar do ponto 5 da dita Memória que neste procedimento que "não será considerado qualquer trabalho do tipo a mais ou não previsto" e bem assim que as "peças desenhadas patenteadas a concurso são meramente indicativas, sendo da responsabilidade de cada concorrente a perfeita avaliação das condicionantes existentes no local para a definição do trabalho a executar e aprovação de quantidades de trabalho".

Por isso, a separação dos procedimentos objecto do procedimento em causa, cumpre os requisitos previstos no art. 32º do CCP, não só por eles serem técnica e funcionalmente incindíveis, na perspectiva que vem de indicar-se,



Tribunal de Contas

como também porque a sua separação causa inconvenientes para esta Câmara, uma vez que esta, a ocorrer, a colocaria a descoberto de qualquer protecção para a invocação de trabalhos a mais e/ou em quantidades a mais, além dos previstos nos projectos respectivos, o que, pelos motivos referidos, assim não sucede.

Por outro lado, o não recurso a trabalhos a mais com inevitáveis atrasos no andar trabalhos, impõe-se igualmente pela necessidade urgente de realojar a população que ali habita, o que assume especial gravidade e importância atenta a circunstância da sua grande maioria ser constituída por pessoas muito idosas, de mobilidade reduzida e até por uma pessoa invisual, cujo realojamento causará graves incómodos e grandes transtornos.

Ao que acresce a extrema precariedade das construções actualmente existentes, sem as mínimas condições de habitabilidade tal como consta da Memória Descritiva já junta ao processo e também do registo fotográfico dela integrante onde são patentes a falta das condições mínimas a que qualquer ser humano tem direito, ao que se pretende urgentemente pôr cobro, lançando mão para o efeito de financiamento obtido através do programa Prohabita, cuja candidatura foi já aprovada e cujo prazo previsto para a respectiva execução expira em 2012, como se comprova com o ofício em anexo. (anexo 1)

Por tudo isto permitiu-se esta Câmara Municipal solicitar a Sua Excelência o Senhor Presidente desse Tribunal a possível urgência na apreciação deste processo, pelos motivos que melhor constam do ofício ora junto. (anexo 2)

Acresce que, em face da natureza de concurso público com publicidade internacional, encontram-se sobejamente salvaguardados os princípios da transparência e bem assim garantida a livre concorrência, inevitavelmente resultante da maior abrangência de potenciais concorrentes ao mesmo, não sendo pois de colocar, de todo, esta questão.



Tribunal de Contas

Por tudo isto, entendeu esta Câmara Municipal poder lançar mão deste tipo de procedimento por ser previsível que o lançamento em separado de dois procedimentos lhe acarretaria prejuízos que por contenderem directamente com a intimidade e vida dos moradores, que seguramente não têm sido fáceis, seriam graves, não sendo de esquecer que se trata de uma obra de eminente interesse municipal de cariz social, a tratar com a sensibilidade que o caso reclama.”

9.

No ponto 12, do Programa de Procedimento, impõe-se que a proposta seja, também, instruída com projectos de execução;

E, segundo a cláusula 1.^a, do Capítulo I, do Caderno de Encargos, a elaboração dos projectos de execução estende-se pelas especialidades e documentos, a saber:

- **Projecto de arquitectura;**
- **Projecto de estabilidade;**
- **Projecto** de redes prediais de abastecimento de água;
- **Projecto** de rede drenagem de águas residuais;
- **Projecto** de instalações eléctricas;
- **Projecto** de telecomunicações;
- Verificação dos requisitos mínimos da térmica dos edifícios;
- Plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição;
- Plano de Segurança e Saúde em fase de projecto;

10.

Questionada a entidade adjudicante a propósito do fundamento da exigência em Programa de procedimento e Caderno de Encargos da inclusão na Proposta do projecto de execução nas especialidades acima [n.º 9] indicadas, a mesma respondeu como segue:



“(…)

Entende-se não ocorrerem neste caso os pressupostos constantes do artigo 43.º n.º 3 do CCP, não só porque não se está perante uma situação de complexidade técnica do processo construtivo da obra que não requer especial ligação dos concorrentes á sua concepção. Como também porque não existe a assunção pelo adjudicatário de obrigação de resultado em relação à utilização da obra.

Daí que, não tenha sido adoptada qualquer fundamentação com vista a sustentar isso mesmo, tal como exige o mesmo art. 43º nº 3, o que a suceder e preenchidos os demais requisitos exigidos neste preceito legal, inviabilizaria a adopção do contrato misto, nos termos expressamente previstos no n.º 9 do mesmo art. 43º, que foi adoptado no presente caso.”

III. O DIREITO

A materialidade junta ao processo, no confronto com a legislação aplicável, obriga, «*in casu*», a que ergamos, para apreciação e centralmente, as seguintes questões:

- **[In] suficiência de fundamento legal para a abertura de Procedimento no sentido da formação de contrato misto, a que alude o art.º 32.º, do Código dos Contratos Públicos;**
- **[In]admissibilidade da exigência de elaboração do projecto de execução pelos concorrentes e respectiva inclusão em proposta [vd. art.º 43.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos];**
- **Das ilegalidades e o Visto.**



Passaremos à necessária análise.

A. Da celebração do contrato misto.

1.

Conforme deixámos dito em II., deste acórdão, e resulta do processo, o contrato em apreço, surge designado por “misto” e mostra-se precedido de concurso público com publicidade internacional.

Segundo a doutrina [vd. Jorge Andrade da Silva, in Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado] e a própria definição normativa inscrita no art.º 32.º, do Código dos Contratos Públicos, **contratos mistos são aqueles que têm por objecto prestações referentes a dois ou mais dos contratos típicos** [contratos com individualidade própria reconhecida pelo *C.C.P.* e dotados de regime jurídico específico] **a que alude o art.º 16.º, n.º 2, do C.C.P.** [empreita de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis, aquisição de serviços e sociedades].

Tais contratos comportam, pois, uma natureza jurídica híbrida.

Por outro lado, e atendo-nos ainda à regulação expressa no citado art.º 32.º, do C.C.P., importa sublinhar que a celebração dos contratos mistos apenas é permitida se as prestações a abranger pelo respectivo objecto forem técnica ou funcionalmente incidíveis, ou, não o sendo, se a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante.

Acresce que o apelo a tal modelo [misto] de contrato, ainda segundo imposição legal, obriga a entidade adjudicante a ponderar, com rigor, a demonstração de que a eventual cindibilidade causaria, efectivamente, graves prejuízos para o interesse



Tribunal de Contas

público e, a montante, a assegurar, **com exigência**, que a incindibilidade referida exhibe relevância passível de consideração.

Visa-se, afinal, evitar que o recurso à contratação conjunta apenas pretenda evitar a eventual realização de dois concursos, ou, no limite, e exemplificativamente, a de fazer pagar por despesas correntes as de investimento [ex: a incorporação de um contrato de empreitada num outro de fornecimento de alimentação, com restrição da aplicação do regime contratual referente ao primeiro, e as nefastas consequências daí decorrentes].

2.

Compulsado o acervo justificativo deduzido pela Câmara Municipal de Mangualde para a abertura de um procedimento tendente à formação do contrato misto, constata-se que o mesmo assenta, básica e essencialmente, **no “conforto” da devolução ao empreiteiro da responsabilidade pela implementação de um projecto por si elaborado**, facto que eximiria o município de possíveis encargos adicionais e demais inconvenientes eventualmente decorrentes da respectiva execução **e na ingente necessidade de, em tempo breve, realojar**, condignamente, alguma da população carecida do concelho.

Ora, conquanto consideremos estimável a argumentação adiantada, não deixamos de concluir que a mesma sobrevém apenas a um modo expedito de solução de dificuldades e não à verificação da materialidade que integra a previsão normativa das regras que regulam o recurso ao contrato com natureza mista.

Dito de outro modo, a fundamentação adiantada pelo município e, bem assim, a materialidade densificada pelo objecto do contrato em causa [elaboração de projecto e execução de empreitada] não preenchem os requisitos que legitimam a escolha do procedimento para a formação de contrato com natureza mista e que, como é sabido, constam do art.º 32.º, do Código dos Contratos Públicos.



2.1.

E, nesta parte, impõe-se, ainda, sublinhar que o legislador, prevenindo e erradicando eventual querela, **estabelece, expressamente** [vd. art.º 43.º, n.º 9, do *C.C.P.*], **que o contrato de empreitada de “concepção – construção” não é considerado um contrato misto para os efeitos do disposto no art.º 32.º, do C.C.P. .**

À parte o carácter não inovador do instituto “*contrato misto*”, o presente Código, nesta parte, reintroduz a certeza de que se nos depara um genuíno contrato de empreitada de obras públicas, muito embora o respectivo objecto contemple, também, prestações de carácter intelectual, materializadas na concepção ou projecção da obra¹.

B. Da não elaboração do projecto de execução.

Consequências legais.

1.

Com relevância para o aresto em curso, o art.º 43.º, do Código dos Contratos Públicos, sob a epígrafe “Elementos da solução da obra”, dispõe o seguinte:

“(…)

Art.º 43.º

Elementos da solução da obra

1- *O caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve ser integrado pelos seguintes elementos da solução da obra a realizar:*

a) *Programa;*

b) *Projecto de execução.*

¹ Vd., ainda, Licínio Lopes, in Estudos de Contratação Pública – II.



...

- 3- *Em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos termos do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar, ou nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspecto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projecto de execução², caso em que o caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa.*
- 4- *Em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, o projecto de execução deve ser acompanhado de:*
- a) Uma descrição dos trabalhos preparatórios ou acessórios, tal como previstos no artigo 350.º;*
 - b) Uma lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades.*
- 5- *Em qualquer dos casos previstos nos n.os 1 a 3, o projecto de execução deve ser acompanhado, sempre que tal se revele necessário:*
- a) Dos levantamentos e das análises de base e de campo;*
 - b) Dos estudos geológicos e geotécnicos;*
 - c) Dos estudos ambientais, incluindo a declaração de impacto ambiental, nos termos da legislação aplicável;*
 - d) Dos estudos de impacte social, económico ou cultural, nestes se incluindo a identificação das medidas de natureza expropriatória a realizar, dos bens e direitos a adquirir e dos ónus e servidões a impor;*
 - e) Dos resultados dos ensaios laboratoriais ou outros;*

² Sublinhado nosso.



Tribunal de Contas

f) *Do plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição, nos termos da legislação aplicável.*

.....

8- *O caderno de encargos é nulo quando:*

a) *Quando não seja integrado pelos elementos de solução de obra previstos no n.º 1 e na parte final do n.º 3.*

b) *Seja elaborado em violação do disposto nos nos 1, 2 e 4;*

c) *O projecto de execução nele integrado não esteja acompanhado dos elementos previstos no n.º 5;*

d) *Os elementos da solução da obra nele integrados não observem o conteúdo obrigatório previsto na portaria referida no número anterior.*

9- *No caso previsto no n.º 3, o contrato a celebrar não é considerado um contrato misto para os efeitos do disposto no art.º 32.º².*

Restam, assim, elencados os elementos da solução da obra a incorporar no caderno de encargos relativo à formação dos contratos de empreitada de obras públicas, a respectiva identificação e, ainda, as circunstâncias que sustentam a excepção ou desvio àquele procedimento-regra.

2.

Visto o art.º 43.º, do Código dos Contratos Públicos, acima transcrito, verifica-se que o Caderno de Encargos do procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas deve ser integrado, entre outros elementos de solução da obra, **pelo Projecto de execução.**

E este, face ao art.º 1.º, do Anexo I à Portaria n.º 701-H/2008, de 29.07, define-se como *“o documento elaborado pelo projectista, a partir do estudo prévio ou do anteprojecto aprovado pelo dono da obra, destinado a facultar todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar”.*



Tribunal de Contas

Acresce, que, em consonância com o disposto no art.º 7.º, n.º 2, da referida Portaria, o projecto de execução, além dos elementos constantes da regulamentação e caso não se mostrem fixadas condições diversas no contrato, inclui, ainda, as seguintes peças:

- a) Memória descritiva e justificativa, incluindo a disposição e descrição geral da obra, evidenciando quando aplicável a justificação da implantação da obra e da sua integração nos condicionamentos locais existentes ou planeados; descrição genérica da solução adoptada com vista à satisfação das disposições legais e regulamentares em vigor; indicação das características dos materiais, dos elementos da construção, dos sistemas, equipamentos e redes associadas às Instalações Técnicas;
- b) Cálculos relativos às diferentes partes da obra apresentados de modo a definirem, pelo menos, os elementos referidos na regulamentação aplicável a cada tipo de obra e a justificarem as soluções adoptadas;
- c) Medições e mapas de quantidade de trabalhos, dando a indicação da natureza e da quantidade dos trabalhos necessários para a execução da obra;
- d) Orçamento baseado nas quantidades e qualidades de trabalho constantes das medições;
- e) Peças desenhadas de acordo com o estabelecido para cada tipo de obra na regulamentação aplicável, devendo conter as indicações numéricas indispensáveis e a representação de todos os pormenores necessários à perfeita compreensão, implantação e execução da obra;
- f) Condições técnicas, gerais e especiais, do caderno de encargos.



2.1.

«*In casu*», e como resulta do processo, **o caderno de encargos não é integrado pelo projecto de execução**, pois a entidade adjudicante, partindo da verificação da materialidade contida na previsão normativa do art.º 32.º, n.ºs 1 e 2, al. b), decidiu a abertura de procedimento para a formação de contrato misto, o qual engloba a elaboração de projecto de execução e a realização de empreitada de beneficiação e reparação de casas do município.

Trata-se, pois, de um contrato que, abrangentemente, consiste na concepção [projecto de execução] e execução de uma obra.

Importa, pois, conhecer da verificação ou não dos requisitos que permitiriam à entidade adjudicante [município de Mangualde] convencionar com o cocontratante a elaboração da concepção da obra e, sequentemente, a sua execução, aquilatando, simultaneamente, da [i] legalidade do procedimento adoptado.

O que faremos, de seguida.

3.

A empreitada de concepção-construção, implicitamente querida pela entidade adjudicante, surge no Código dos Contratos Públicos [vd. art.º 43.º, n.º 3] **como uma opção ou faculdade de natureza claramente excepcional**. Ou seja, e sempre adentro da excepcionalidade devidamente fundamentada, para que o contrato de empreitada de obras públicas abranja, ainda, a concepção da obra [projecto de execução] importa, por um lado, que o adjudicatário assuma, no âmbito do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar e, por outro, que a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar exija, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela [obra].



Segundo a doutrina mais representativa³, a excepcionalidade da empreitada de concepção- construção dá seguimento à linha tradicional do regime jurídico da empreitada de obras públicas [vd. Decreto-Lei n.º 341/88, de 28.09], o qual, para além de exigir adequada fundamentação, considerava que a empreitada de “concepção-construção” apenas era *“recomendável nos casos em que as técnicas de execução e a natureza dos equipamentos condicionassem as relações dirigidas à consecução do programa da obra”*.

Orientação que, de resto, encontra também eco na disciplina constante dos art.ºs 219.º e 220.º, do Código dos Contratos Públicos, a qual, embora se dirija a matéria diversa, obriga a que a aquisição dos bens e serviços identificados com a **concepção** seja precedida da realização de concurso público e que os mesmos revelem especial complexidade, originalidade e singularidade.

Ainda na pegada da doutrina invocada, a que aderimos, entende-se que a empreitada de obras públicas de concepção-construção tem, hoje, especial acolhimento no âmbito dos contratos configurados como parceria público-privada, caso em que se prevê, em simultâneo, a concepção, a construção e, eventualmente, a atinente exploração.

3.1.

Recentrando a presente análise no contrato em apreço e perspectivando-a à luz da legalidade expressa [vd. art.º 43.º, n.º 3, do *C.C.P.*], da doutrina invocada e, por fim, da factualidade disponível, afigura-se-nos claro que não ocorrem os pressupostos legitimadores da celebração do contrato para concepção [projecto de execução] e realização da obra e, bem assim, da prévia abertura do atinente procedimento.

Desde logo, **porque não se vislumbra e a entidade adjudicante também não demonstra** [exigência decorrente do art.º 43.º, n.º 3, do *C.C.P.*], que, por um lado, estejamos perante um quadro denunciador de complexidade técnica do processo

³ Vd. Licínio Lopes, in Estudos da Contratação Pública, Vol. II.



Tribunal de Contas

construtivo da obra e que este obrigue a especial ligação dos concorrentes à sua concepção, e, por outro, que se perfile a assunção pelo adjudicatário da obrigação de resultado em relação à utilização da obra.

E, no reforço do concluído, adiantamos que a ausência de tais requisitos é, também, assumida pela própria entidade adjudicante [vd. fls. 54 e 55 do processo], a qual, textualmente, reconhece a inverificação dos pressupostos inscritos no citado art.º 43.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos.

Assim, e em rigor, depara-se-nos a necessidade da realização de uma obra, **sem notada complexidade**, e em relação à qual, a entidade adjudicante, no apelo a evidente pragmatismo e sem suporte legal, deslocou para a entidade adjudicatária, não só a obrigação de execução da obra, **mas, ainda, o encargo de elaborar o correspondente projecto de execução ou concepção**.

Deste modo, porque não se nos depara a verificação de algum circunstancialismo legitimador da celebração do contrato misto a que alude o art.º 32.º, do C.C.P., e também não ocorrem os pressupostos que fundam o recurso ao contrato de empreitada para concepção-construção, a que alude o art.º 43.º, n.º 3, do C.C.P., a entidade adjudicante violou o disposto no art.º 43.º, n.º 1, al. b), deste último diploma legal, por não integração do projecto de execução no Caderno de Encargos do procedimento de formação do contrato de empreitada das obras públicas.

3.2.

Conforme o estabelecido no art.º 43.º, n.º 8, alínea a), **o Caderno de Encargos é nulo** quando:

- Não seja integrado pelos elementos de solução de obra previstos no n.º 1 e parte final do n.º 3 [programa e projecto de execução], do art.º 43.º, do Código dos Contratos Públicos.



Tribunal de Contas

No caso em apreço, a não fundamentação da celebração do contrato referente à concepção e execução da obra obrigava a entidade adjudicante a integrar o projecto de execução no Caderno de Encargos.

Incumprindo esta injunção, o Caderno de Encargos «*sub judice*» é, por imperativo legal, nulo.

4.

A final, não deixaremos de sublinhar que a exigência contida no ponto 12, al. d), do Programa do Procedimento [exige-se que as propostas sejam acompanhadas dos projectos de execução] e cujo incumprimento motivou, até, a exclusão de um concorrente, **para além de não ter a menor sustentação legal** [vd. as considerações acima expendidas], não acata, ainda, o princípio da concorrência, a que alude o art.º 1.º, n.º 4, do *C.C.P.* .

Na verdade, sendo conhecidas as dificuldades técnicas e económicas dos concorrentes no domínio da concepção e projecto de obra, e sendo certo que num dos factores e subfactores do critério de adjudicação [vd. ponto 7 do programa] respeita à valia técnica de tal elemento da solução da obra a realizar, tudo se conjuga no sentido dos concorrentes dotados de menores meios serem afastados da adjudicação da obra concursada.

E este afastamento não contribui, seguramente, para que a satisfação do interesse público se processe pela forma mais vantajosa possível.

IV. DAS ILEGALIDADE

O Visto.

1. Das ilegalidades.

Como deixámos dito em III., deste acórdão, o recurso ao contrato apelidado de “*misto*”, não se mostra materialmente sustentado. Ou seja, e contrariamente à



Tribunal de Contas

injunção constante do art.º 32.º, do *C.C.P.*, a factualidade em apreço não permite admitir que as prestações objecto do contrato se apresentem como técnica e funcionalmente incidíveis.

Para além de tal constatação, e secundando juízo já firmado, o contrato «*sub judice*» erguido e celebrado sob o circunstancialismo descrito em II, deste acórdão, não pode ser considerado um contrato misto, atento o preceituado no art.º 43.º, n.º 9, do *C.C.P.* ,

1.1.

Por outro lado, não se verificam os pressupostos que confirmam suporte à excepção prevista no art.º 43.º, n.º 3, do *C.C.P.* . Daí que, e sem delongas, se deva afirmar que se impunha a inclusão do projecto de execução no Caderno de Encargos, em obediência ao disposto no n.º 1, al. b), ainda do citado art.º 43.º, do *C.C.P.* .

«*In casu*», o Caderno de Encargos não é integrado pelo projecto de execução. E, daí, a sua nulidade [vd. art.º 43.º, n.º 8, al. a), do *C.C.P.*], que se transmite ao contrato sob fiscalização [art.º 96.º, n.º 2, al. c), do *C.C.P.*].

1.2.

E, por último, ainda na esteira do desenvolvido em III.4., deste acórdão, afirmamos que a exigência contida no ponto 12., al. d), do Programa do Procedimento, porque potencialmente inibidora da apresentação de proposta, [com projecto de execução] por parte de eventuais concorrentes carenciados de meios humanos e técnicos, constitui, ela própria, uma ofensa ao princípio da concorrência, plasmado no art.º 1.º, n.º 4, do *C.C.P.* . Ofensa esta, que, como é sabido, é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.



Tribunal de Contas

2. Do Visto.

Segundo o art.º 44.º, n.º 3, da Lei n.º 98/97, de 26.08, constitui fundamento de recusa do Visto a desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor e que impliquem:

- Nulidade;
- Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras;
- Ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro.

Acresce que a densificação da expressão “Ilegalidade que possa alterar o respectivo resultado financeiro se basta com o simples risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro.

Ocorre, pois, fundamento para a recusa do Visto.

V. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, em recusar o Visto ao presente contrato.

Emolumentos legais [art.º 5.º, n.º 3, do Regime dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05].



Tribunal de Contas

Lisboa, 27 de Junho de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás – Relator)

(Helena Maria Abreu Lopes)

(António Manuel dos Santos Soares)

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)

(Jorge Leal)