



ACÓRDÃO N° 25 /03 – Jun.24-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 11/2003

(Processo n° 3 161/02)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. Resultando dos factos que um ente público encomendou a um empreiteiro ou promotor a construção de equipamento complementar de fogos de habitação social com a obrigação de, quando concluídos, lhos adquirir, independentemente da forma contratual que o negócio revista, é o mesmo equiparável a uma empreitada de obras públicas;
2. Fica, por isso, sujeito ao regime jurídico das empreitadas de obras públicas, em particular quanto à escolha do co-contratante, sendo para esta obrigatória a realização de concurso público se legalmente assim for exigido, designadamente atento o montante em causa.

Lisboa, 24 de Junho de 2003.



ACÓRDÃO N.º 25 /03 – Jun.24 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 11/2003

(Processo n.º 3 161/02)

ACÓRDÃO

1. Em sessão de Subsecção da 1ª Secção de 22 de Janeiro de 2003 foi aprovado o acórdão n.º 7/2003-22.Jan-1ªS/SS que recusou o visto ao contrato de **compra e venda**, ainda em minuta, a celebrar entre a **Câmara Municipal de Matosinhos** e a empresa **ASSIMEC – Imóveis e Construções de A. Silva & Silva, S.A.** pelo valor de **573.003,03 €**, os seguintes prédios:

A - *“Estabelecimento na cave, destinada a prestação de serviços, ATL e Escola Primária, e outras actividades que não exijam alvará de sanidade e logradouro com a área de duzentos e cinco metros quadrados, no valor de quatrocentos e dois mil trezentos e trinta e oito euros e setenta e quatro cêntimos, sito na Rua de Recarei de Cima, n.º 152, Freguesia de Leça do Balio”.*

B - *Estabelecimento na cave, destinada a prestação de serviços, centro de dia e outras actividades que não exijam alvará de sanidade e logradouro com a área de duzentos e dez metros quadrados e sessenta decímetros quadrados, no valor de cento e setenta mil seiscientos e sessenta e quatro euros e vinte e nove cêntimos, sito na Praceta Recarei de Cima, números 106, 114 e 116, Freguesia de Leça do Balio.”*



Tribunal de Contas

A recusa do visto, decidida ao abrigo da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, teve por fundamento a ausência da realização prévia de concurso público legalmente exigível à concretização do negócio de que o contrato de compra e venda, ainda em minuta, ora em causa é o culminar.

2. Não se conformando com o decidido, o Excelentíssimo Presidente da Câmara, através de advogado com procuração nos autos, recorreu do mencionado acórdão pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 6 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formulou as conclusões que se transcrevem:

- “A) O contrato questionado não dependia de concurso público, por lhe não serem aplicáveis as normas dos arts. 8, 10 e 80 do DL 197/99, de 8 de Junho, nem do DL 59/99, de 2 de Março;*
- B) Efectivamente, dada a sua natureza e a sua finalidade, tal contrato podia ser directamente pactuado com o promotor outorgante do protocolo celebrado pela Câmara, de harmonia com as prescrições do DL 163/93, e do DL 165/93, de 7 de Maio, bem como da Portaria 37 1/97, de 6 de Junho;*
- C) Aliás, tem sido este o entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas, em diversas hipóteses semelhantes à dos presentes autos;*
- D) Ao decidir em contrário, sem aduzir razões materiais para tanto, o acórdão recorrido transgrediu o normativo do art. 13 da Constituição da República Portuguesa.*

3. Admitido o recurso foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que emitiu douto parecer no sentido da improcedência do recurso e da manutenção da recusa do visto, donde, por mais significativo, se transcreve:

“ (...)



..., não estamos, no caso, perante uma iniciativa da parte privada que procura, para esse fim, a colaboração da entidade autárquica que nela pode estar interessada.

Pelo contrário, o que resulta claro do processo, tal como descrito pelo próprio recorrente, é que se trata de uma iniciativa da parte pública que tem em vista a oferta aos residentes no concelho de equipamentos que complementem um projecto de edificação de pólo de habitação social.

O que se desejou fazer e de facto se estipulou foi, desde logo, a aquisição pelo primeiro contraente de fogos de habitação social e respectivos equipamentos sociais complementares a construir por uma empresa privada.

Nisto consistiu o objectivo último da acção planeada e desenvolvida pela Câmara Municipal de Matosinhos.

(...)

Estamos, pois, perante um negócio — mesmo que parcelar — que se insere e traduz na encomenda de uma obra ou conjunto de obras, tendo por fim a prossecução de uma política de interesse público. Conjunto de obras a que será dado destino pela própria autarquia, no uso da suas competências específicas e tendo em vista o exercício das suas atribuições legais e constitucionais.

Este negócio só poderia, assim, ser concebido e formalizado através de um contrato de empreitada e está, por isso, sujeito às regras p. no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho e Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março.

(...)”

4. Corridos os demais vistos legais cumpre apreciar e decidir.

4.1. Os Factos



A matéria de facto apurada e dada como provada no acórdão recorrido não foi questionada pelo recorrente. Porém, para uma melhor compreensão do que se irá decidir, valerá a pena recordá-la:

- Em 9 de Fevereiro de 1994 a Câmara Municipal de Matosinhos (doravante CMM) celebrou com o Instituto de Gestão e Alienação do Património Habitacional do Estado e o Instituto Nacional de Habitação um Acordo Geral de Adesão, tendo em vista *“o realojamento de famílias que residem em barracas no concelho”*, propondo-se, nesses termos, construir ou adquirir 3 982 fogos para concretização do Programa Especial de Realojamento - PER;
- Daquele acordo decorria para a CMM a obrigação de *“lançar atempadamente os respectivos concursos públicos para adjudicação das obras nos termos da legislação em vigor ...”* (cláusulas 6ª e 8ª);
- Na sequência e para cumprimento daquele Acordo, a CMM fez publicar no “Jornal de Notícias” e no “Diário de Notícias” anúncios intitulados *“Câmara de Matosinhos apoia CDH no âmbito do PER”* onde dá conta da sua pretensão de *“estabelecer parcerias com promotores particulares de habitação a custos controlados”* mediante *“o exercício da opção de compra de fogos construídos ou a construir neste regime”*;
- Deste procedimento resultou o estabelecimento de diversos Protocolos, com vários promotores, para aquisição de fogos e equipamento em vários locais e freguesias do concelho;
- Na reunião da Câmara de 28 de Abril de 1998 foram aprovados textos de *“protocolos de colaboração entre a Câmara e Empresas para a aquisição de fogos no âmbito do PER”* a celebrar com várias empresas, uma delas a “ASSIMEC”, do qual constava, na cláusula quarta, o seguinte:
“Poderá a Câmara, em acréscimo às habitações objecto do presente Protocolo de Acordo, vir ainda a adquirir à ASSIMEC, por preços a estabelecer, equipamento de apoio dos núcleos habitacionais, de natureza comercial,



social, cultural ou lúdica, bem como espaços destinados a estacionamento, arrecadações e similares, construídos no empreendimento em causa.

A Câmara Municipal definirá, em atenção às necessidades das populações a realojar, os equipamentos de apoio aos núcleos habitacionais de natureza comercial, social, cultural ou lúdica a integrar no empreendimento.”

E na cláusula quinta, nº 2:

“Os equipamentos de apoio, definidos pela CÂMARA MUNICIPAL DE MATOSINHOS, como necessários às populações a realojar, serão adquiridos à ASSIMEC pela CÂMARA MUNICIPAL DE MATOSINHOS, pelo valor usual para este tipo de equipamento, e acordado pelas partes”;

- O Protocolo com a ASSIMEC foi celebrado em 14 de Novembro de 1998, mas estipulando-se agora na cláusula quarta:

“A Câmara Municipal de Matosinhos adquirirá os equipamentos de apoio ao núcleo habitacional previsto, nomeadamente:

<i>- Estabelecimento para Actividades Económicas</i>	<i>400 m2</i>
<i>- Pré Escolar</i>	<i>140 m2</i>
<i>-ATL</i>	<i>300m2</i>
<i>- Centro de Dia</i>	<i>150 m2</i>
<i>- Parque Infantil</i>	<i>50 m2</i>
<i>- Centro Comunitário</i>	<i>50 m2”</i>

e na cláusula quinta, nº 2:

“Os equipamentos de apoio, definidos pela CÂMARA MUNICIPAL DE MATOSINHOS, como necessários às populações a realojar, serão adquiridos à ASSIMEC pela CÂMARA MUNICIPAL DE MATOSINHOS, pelo valor usual para este tipo de equipamento, e acordado pelas partes, nunca podendo ultrapassar o preço definido para a construção de habitações de custos controlados”

- A CMM, em reunião de 5 de Agosto de 2002, deliberou adquirir à ASSIMEC



“Fracção A do Lote 1, destinado a equipamento Creche/Pré Primária, com acesso pela Rua Recarei de Cima n.º 152, com a área coberta de 735,30. m2 e um logradouro de 205,30 m2 pelo montante de: $735,30\text{m}^2 \times 109.699\$00 = 80.661.675\$00 = 402.338.74 \text{€}$;

Fracção A do Lote 13, destinado a Centro de Dia, com acessos pela Praceta Recarei de Cima n.º 106, 114 e 116, com a área de 311,90 m2 e um logradouro de 210,60 m 2 pelo montante de: $311,90 \text{ m}^2 \times 109.699\$00 = 34.215.118\$00 = 170.664,29 \text{€}$ ”

Perfazendo o valor global das aquisições o montante de 573.003,03 €

- Os fogos e, bem assim, o equipamento ora contratado, não estavam construídos à data do acordo e apenas o foram posteriormente;
- Ao contrato em questão, ainda em minuta, foi recusado o visto pelo acórdão nº 7/2003-22.Jan-1ªS/SS.

4.2. Apreciando.

Os factos circunstanciada e exhaustivamente descritos no acórdão recorrido e cuja enumeração se repete em **4.1.**, permitem extrair as seguintes conclusões:

- A CMM pretendia levar a efeito a “erradicação de barracas” e proceder ao realojamento das famílias que nelas habitavam;
- Com esse objectivo acordou com a empresa ASSIMEC, mediante protocolo, a construção de parte dos fogos necessários bem como de equipamento complementar de apoio, obrigando-se à respectiva compra.
- O protocolo celebrado com a empresa ASSIMEC não resultou de qualquer concurso prévio, mas de um anúncio publicado pela CMM com vista ao estabelecimento de “parcerias com promotores particulares de habitação a custos controlados” mediante “o exercício da opção de compra de fogos construídos ou a construir neste regime”.



Tribunal de Contas

Em suma, a CMM encomendou à ASSIMEC a construção de fogos destinados a habitação social e, o que para este processo importa, equipamento complementar de apoio, tendo para o efeito estabelecido com ela o negócio que, como já se disse, se iniciou com o estabelecimento de uma parceria/protocolo e passa, agora, pela celebração do contrato de compra e venda ainda em minuta.

Esta realidade fáctica cabe, sem dificuldade, no conceito de empreitada de obras públicas definido no n.º 3 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março define como *“o contrato administrativo celebrado mediante o pagamento de um preço, independentemente da sua forma, entre um dono de obra pública e um empreiteiro de obras públicas e que tenha por objecto quer a execução quer conjuntamente a concepção e execução das obras mencionadas no n.º 1 do artigo 1.º, bem como das obras ou trabalhos que se enquadrem nas subcategorias previstas no diploma que estabelece o regime do acesso e permanência na actividade de empreiteiro de obras públicas, realizados seja por que meio for e que satisfaçam as necessidades indicadas pelo dono da obra”*.

Efectivamente, trata-se da construção de equipamento para a satisfação das necessidades (complemento de habitação social) indicadas pelo dono da obra pública (a CMM, a quem aquele se destinava), realizada por um empreiteiro de obras públicas (a ASSIMEC – Imóveis e Construções de A. Silva & Silva, S.A.) em consequência de contratos celebrados com o dono da obra e contra o pagamento de um preço.

Mas, se tal conceito não fosse suficiente para qualificar o negócio em causa como uma empreitada, a Directiva n.º 93/37/CEE (a cuja adequada transposição o Decreto-Lei n.º 59/99 essencialmente se destinou, como se deixou expresso no respectivo preâmbulo) desfaz, como no acórdão recorrido já se referia, qualquer dúvida. Efectivamente, diz no n.º 1 do art.º 1.º que contratos de empreitada são os *“contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro ... e uma entidade adjudicante ... [o Estado, as autarquias locais e regionais, nos termos da al. b) do mesmo artigo] que tenham por objecto ... a realização, seja por que meio for, de*



uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante” (destaque nosso).

Por sua vez, o *‘Guia das regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras’*, editado no Luxemburgo em 1997 pela Comissão europeia para esclarecimento interpretativo da Directiva 93/37/CEE dá como exemplo de realização de obra pública a que é *“financiada e realizada pelo empreiteiro, que será depois reembolsado pelo comprador”*. Adianta, de seguida e por isso, que *“o âmbito de aplicação da Directiva é portanto o mais vasto possível, de modo a abranger todas as formas contratuais a que uma entidade adjudicante possa recorrer para dar resposta às suas exigências específicas.*

É oportuno salientar que a Directiva não abrange a simples compra de um bem imóvel já existente, na condição, como é evidente, de esse imóvel não ter sido construído para responder às necessidades indicadas pela entidade adjudicante, que previamente tenha subscrito o compromisso de o adquirir após terminado Neste último caso, *tratar-se-ia, com efeito, de um contrato de promoção imobiliária abrangido pela directiva”* (págs. 12 e 13).

Ora, e porque os equipamentos que constituem o objecto do contrato, ainda em minuta, sempre estiveram incluídos na encomenda de habitação social que a CMM fez à ASSIMEC, a sua aquisição é a materialização dos conceitos e regras consagradas na Directiva a que vimos fazendo referência, não sendo, portanto, de acolher a alegação do recorrente quanto à natureza, finalidade e localização dos equipamentos em questão.

Por isso bem andou o acórdão recorrido ao concluir pela aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas consagrado no Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, designadamente quanto à escolha do co-contratante para que, atento o valor envolvido, era obrigatória a prévia realização de concurso público.



Tribunal de Contas

A ausência de concurso público quando legalmente exigível – como era o caso - acarreta a nulidade do procedimento e do subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (artºs 133º e 185º do Código do Procedimento Administrativo) o que constitui fundamento para a recusa do visto nos termos da al. a) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Tem sido esta a jurisprudência constante deste Tribunal como se pode constatar, entre outros, no acórdão nº 16/03-29.Abr-1ªS/PL tirado no Recurso Ordinário nº 3/03.

*

Argumenta o recorrente ter este Tribunal já visado contratos em tudo semelhantes ao *sub iudice*, remetendo até fotocópia de dois desses contratos “visados”.

Diga-se, desde já, que desses contratos cuja fotocópia o recorrente remete, um foi declarado conforme (doc. nº 1) nos termos do nº 1 do artº 83º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto o que significa, pese embora a homologação, que o Tribunal efectivamente sobre o mesmo não se pronunciou nem decidiu. As fotocópias dos contratos que constituem o doc. nº 2 não trazem aposto qualquer carimbo que indicie qualquer tomada de posição deste Tribunal ou sua Direcção-Geral sobre os mesmos. É, por isso, difícil, senão impossível, avaliar da alegada similitude com o agora em apreciação.

Mas, se porventura existisse alguma identidade, nos termos do nº 3 do artº 103º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto a jurisprudência anterior só é obrigatória para o Tribunal de Contas quando consagrada em recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, regulado nos artºs 101º a 103º da mencionada Lei. Sobre a matéria dos autos não foi, até ao momento, fixada jurisprudência obrigatória.

Mas, até é provável que este Tribunal tenha visado contratos algo semelhantes. Porém, tal ter-se-á ficado a dever, pelo menos na esmagadora maioria dos casos, ao facto de nos processos em causa não constar, de forma clara, todo o procedimento aquisitivo que levou à compra dos fogos ou equipamentos. Ficava-se com a impressão que as entidades compradoras estavam a adquirir fogos existentes no



Tribunal de Contas

mercado. Só mais tarde se percebeu que, em muitos casos, esses fogos e equipamentos tinham sido “encomendados”, pelas mais diversas formas, pela entidade compradora. A partir de então passou-se a ser mais exigente na instrução dos processos, solicitando às entidades que explicassem, de forma clara, todo o procedimento aquisitivo. E foi a partir desse momento que ocorreu a alegada alteração da jurisprudência deste Tribunal.

5. Pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa do visto ao contrato em questão, ainda em minuta.

São devidos emolumentos [n.º 1, al. b) do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio].

Diligências necessárias.

Lisboa, 24 de Junho de 2003.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)

(Consª. Adelina de Sá Carvalho)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)