



ACÓRDÃO Nº 31 /09 – 14.JUL.09 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 11/09

(Proc. nº 19/09 - SRATC)

CONTRUÇÃO DE FOGOS A CUSTOS CONTROLADOS.
CONTRATO DE DESENVOLVIMENTO PARA HABITAÇÃO.
MINUTA DE ESCRITURA PÚBLICA.
CONTRATO-PROMESSA DE COMPRA E VENDA.
ALTERAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO.
OMISSÃO DE CONCURSO PÚBLICO.
DECRETO-LEI Nº 165/93 DE 7 DE MAIO.

SUMÁRIO

- I – A construção de fogos por encomenda e de acordo com as especificações da entidade adjudicante, que, desde logo, assume o compromisso de os comprar, impõe a aplicação do regime pré-contratual do contrato de empreitada de obras públicas;
- II - Tendo sido efectuada a adjudicação da construção de fogos a custos controlados, bem como o contrato-promessa de compra e venda desses fogos, a celebração de um aditamento a este contrato - através do qual se pretende transmitir a propriedade de outros fogos, não contemplados na proposta do adjudicatário, - configura uma alteração substancial das condições da adjudicação;
- III – A construção de fogos para além dos que haviam sido adjudicados, por ter um valor de 1.484.971,41 €, deveria ter sido precedida da



Tribunal de Contas

realização de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio, nos termos do disposto no artigo 48º, nº2, do DL nº 59/99 de 2 de Março;

IV – A omissão da realização de um destes procedimentos pré-contratuais, ofende, entre outros, os princípios da legalidade, da transparência e da prossecução do interesse público, e acarreta a nulidade do procedimento, nulidade essa que se transmite ao contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1 e 185º do Código do Procedimento Administrativo, e constitui fundamento de recusa de visto, de acordo com o artigo 44º, nº3, alínea a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

V – O DL nº 165/93, de 7 de Maio, não regula os procedimentos pré-contratuais conducentes à celebração de contratos de compra e venda de fogos, em regime de custos controlados, mas, como decorre do seu artigo 1º, a concessão de financiamentos a empresas privadas de construção civil para construção de habitação de custos controlados, ao abrigo de contratos de desenvolvimento para habitação;

VI – O contrato de desenvolvimento para habitação (CDH) é, nos termos do artigo 2º, nº1, do DL nº 165/93 de 7 de Maio, um contrato celebrado entre instituições financiadoras, por si ou em associação, e as empresas privadas que se dediquem à construção civil, com vista à construção de habitação de custos controlados para venda, destinados a habitação própria ou a arrendamento para habitação.

Lisboa, 14 de Julho de 2009.

O Juiz Conselheiro

A. M. Santos Soares





ACÓRDÃO Nº 31 /09 – 14.JUL. 2009 - 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 11/2009

(Proc. nº 19/09 - SRATC)

Acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1ª Secção:

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a **Câmara Municipal de Ribeira Grande**, da Decisão nº 2/2009, de 5 de Março de 2009, da Secção Regional dos Açores, do Tribunal de Contas, que recusou o visto à minuta do contrato de compra e venda de 11 fogos, localizados no Bairro dos Pescadores, freguesia de Rabo de Peixe, a celebrar entre o Município de Ribeira Grande e o consórcio formado pelas empresas “Somague-Ediçor, Engenharia, SA” e “STAL – Sociedade Técnica Açoriana, Lda.”, pelo valor de € 969.197,26

Tal decisão foi proferida com fundamento no disposto no artigo 44º, nº3, al. c), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, por aquela minuta incluir três fogos (lotes “A26”, “C07” e “C08”) que fazem parte do conjunto de 18 fogos cuja construção foi contratada sem precedência de concurso público, ou de concurso limitado com publicação de anúncio, sendo que a omissão da realização de qualquer destes tipos de procedimento, quando exigível, é geradora de nulidade do acto de adjudicação, nos termos do artigo 133, nºs 1 e 2, al. f), do Código do Procedimento Administrativo.



2. Nas suas alegações, a Câmara Municipal de Ribeira Grande formulou as seguintes conclusões:

“1- O Município de Ribeira Grande celebrou, a 23 de Maio de 2006, os seguintes contratos:

- de cedência do prédio destinado à construção dos fogos a custos controlados;*
- de adjudicação do concurso público para a “cedência de terrenos para a construção de fogos em regime de custos controlados no âmbito de contrato de desenvolvimento para habitação – Bairro dos Pescadores – freguesia de Rabo de Peixe;*
- de promessa de compra e venda de 61 fogos.*

2 – Posteriormente, a 19 de Setembro de 2007, o Município celebra aditamento ao contrato de promessa de compra e venda de fogos, onde se altera o número de fogos a adquirir por este, que passa de 61 para 79 fogos.

3 – Tal circunstancialismo deveu-se ao facto de serem superiores a 61 fogos as necessidades de realojamento de agregados familiares no Bairro dos Pescadores de Rabo de Peixe.

4 – Do que resulta um conjunto contratual do qual faz parte o aditamento ao contrato promessa de compra e venda, de mais 18 fogos.

5 – No entanto, trata-se, no fundo, de um novo contrato promessa de compra e venda de 18 fogos, apesar de as partes terem celebrado um aditamento ao contrato inicial de promessa de compra e venda dos 61 fogos, que não deverá ser valorado no sentido de ser aditado à proposta da Somague-Ediçor, SA e STAL, Lda. de



construção de 61 fogos, considerando que a designação dada pelas partes não se mostra consonante com o procedimento adoptado ao abrigo do disposto no DL n.º 165/93 de 7 de Maio.

- 6 – Assim, a minuta de escritura de compra e venda de 11 fogos sujeita a visto inclui três fogos dos lotes “A26”, “C07” e “C08”, que fazem parte do conjunto de 18 fogos que o município prometeu comprar.*

- 7 – Pelo que, o processo de fiscalização prévia tem por objecto um contrato de compra e venda de 11 fogos de habitação a custos controlados – 8 fogos a adquirir na sequência da adjudicação do concurso público para a “cedência de terrenos para a construção de fogos em regime de custos controlados no âmbito de contrato de desenvolvimento para habitação – Bairro dos Pescadores – freguesia de Rabo de Peixe e 3 fogos a adquirir ao abrigo do disposto no DL n.º 165/93 de 7 de Maio.*

- 8 – Deste modo, o que está sujeito a controlo da legalidade é a respectiva minuta do contrato de compra e venda de fogos a adquirir, com base na adopção de dois procedimentos e regimes jurídicos distintos, e não a adjudicação do contrato de empreitada de construção de mais 18 fogos.*

- 9 – Com efeito, e com a devida vénia a entendimento contrário, o contrato de compra e venda de 18 fogos que, por mero lapso deu origem ao aditamento ao contrato promessa de compra e venda de 11 fogos, 3 dos quais correspondentes aos lotes “A26”, “C07” e “C08”, incluídos na minuta cujo visto foi solicitado, não dependia de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio.*



- 10 – Porquanto, se por um lado a cedência de terrenos para a construção de fogos em regime de custos controlados no âmbito de contrato de desenvolvimento para habitação – Bairro dos Pescadores – freguesia de Rabo de Peixe foi precedida de concurso público, nos termos legais, por outro lado, a construção dos 18 fogos, que se reitera não deverá ser valorado no sentido de se tratar de um aditamento à proposta da Somague-Ediçor, SA e STAL, Lda. de construção de 61 fogos, considerando que a designação dada pelas partes não se mostra consonante com o procedimento adoptado ao abrigo do DL n.º 165/93 de 7 de Maio, foi efectuada pela Somague-Ediçor, SA e STAL, Lda. ao abrigo do Regime Jurídico de Edificação e Urbanização, tratando-se, portanto de obras particulares.
- 11 – Assim sendo, a Câmara Municipal procedeu à celebração do contrato de compra e venda dos 18 fogos directamente ao promotor imobiliário, de acordo com o disposto no art. 10.º, alínea c) e artigo 15.º do DL n.º 165/93 de 7 de Maio.
- 12 – Do referido diploma não decorre a necessidade legal de lançamento de concurso público para a aquisição dos fogos construídos em regime de custos controlados.
- 13 - Com efeito, trata-se de um regime especial que, conforme se lê no respectivo preâmbulo, visa “garantir à iniciativa privada eventualmente associada a municípios e instituições de solidariedade social (...) melhores condições para a promoção habitacional de custos controlados”, não se verificando qualquer condicionamento a nível de procedimento para a aquisição de fogos.
- 14 – Pelo que no caso vertente não era exigível a realização de qualquer concurso público, cujas regras específicas não se



coadunam com os princípios que se pretendem alcançar com o regime fixado no DL n.º 165/93 de 7 de Maio.

- 15 – *O contrato, tal como resulta da minuta não está viciado de qualquer ilegalidade, tendo o Município actuado em conformidade com a lei vigente.*
- 16 – *Aliás, como é de conhecimento geral, não existem no local (Bairro dos Pescadores) outros fogos destinados à habitação social, prontos a serem adquiridos pelo Município, com os preços a que os mesmos estão à venda, que possam resolver o problema expressivo de carências habitacionais de um grande número de habitantes da freguesia de Rabo de Peixe.*
- 17 – *Termos em que a actuação do Município se pautou pelo cumprimento dos princípios da legalidade, transparência, igualdade e da prossecução do interesse público, no âmbito de um regime específico – dos contratos de desenvolvimento para habitação – onde a comercialização dos fogos obedece a estreitos critérios fixados pelo Estado, nomeadamente ao nível da volumetria, dimensões e custos, em que não há lugar a redução de custos pela via da concorrência.*
- 18 – *Deste modo, não era exigível, ao contrário do fixado na decisão ora em crise, que a aquisição dos 18 novos fogos, três dos quais insertos no contrato sub judice, fosse precedida da realização de concurso público ou de concurso limitado com publicação prévia de anúncio, pelo que não há nenhuma nulidade processual que se reflecta no contrato, devendo ser concedido o visto ao mesmo.*
- 19 – *Mesmo ponderando a hipótese, ainda que ilógica e ao arrepio do regime específico invocado, de que o procedimento seguido não foi o mais adequado, sempre deveria este Tribunal visar o*



contrato com as recomendações que forem consideradas adequadas, nos termos do disposto no nº4, do art.44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, por se verificar que nele estão incluídos 8 fogos, cuja construção e aquisição obedeceram ao regime pré-contratual do contrato de empreitada de obras públicas, e tão só, mas de premente utilidade e avidamente esperados por famílias que anseiam por uma habitação condigna, de 3 fogos cuja aquisição não foi precedida de concurso público, e que reitera-se, foi efectuada no cumprimento da lei vigente.

Terminou dizendo que a decisão de recusa de visto deve ser revogada por outra que o conceda, ainda que com recomendações, nos termos do nº4, do art. 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no qual entende que o recurso apresentado não merece provimento, devendo manter-se integralmente a decisão recorrida.

4. Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – MATÉRIA DE FACTO

1. Tendo em conta o disposto no artigo 100º, nº2, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, o que consta da Decisão recorrida e as alegações do recorrente, considera-se assente a seguinte matéria de facto:

A) Em 25 de Julho de 2003, foi celebrado um Acordo de colaboração entre a Secretaria Regional de Habitação e Equipamentos, da Região Autónoma dos Açores, o Município de Ribeira Grande e o Instituto Nacional de Habitação (INH), ao abrigo dos Decretos-Lei nº 226/87 de



Tribunal de Contas

6 de Junho, nº 197/95 de 29 de Julho, nº 30/97 de 28 de Janeiro e nº 157/02 de 2 de Julho;

B) O Acordo de Colaboração tem como pressuposto o plano de intervenção do Governo Regional no domínio de habitação, que envolve a construção e ou aquisição de 96 fogos, destinados a arrendamento, no regime de renda apoiada, para as populações residentes em barracas ou situações similares, a lançar ou adquirir durante o ano de 2004 (cláusulas primeira e segunda) e implica um investimento total estimado de € 6.120.181,00 (cláusula quarta, nº2);

C) Em 11 de Maio de 2004, foi celebrado um contrato ARAAL de coordenação, entre a Presidência do Governo, a Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos (SRHE) e o Município da Ribeira Grande, nos termos do qual:

- Compete à SRHE “transferir para o município a propriedade dos terrenos que constituem o Bairro dos Pescadores, na Freguesia de Rabo de Peixe, onde irão ser edificados os fogos objecto do contrato” (nº 3 da cláusula 3ª);
- Compete à SRHE acompanhar e fiscalizar “a execução das obras por parte da CMRG” (alínea c), do nº1, da cláusula 4ª);
- Compete à CMRG elaborar e “executar os projectos de loteamento de todas as infra-estruturas necessárias ao empreendimento e das habitações, bem como desencadear todos os procedimentos de contratação pública a que esteja obrigada (alínea a), do nº2, da cláusula 4ª);

D) Por deliberação de 4 de Junho de 2004, a Câmara Municipal de Ribeira Grande autorizou a abertura de concurso público para a “cedência de terrenos para construção de fogos em regime de custos controlados e no âmbito de contrato de desenvolvimento para habitação – Bairro de Pescadores -, freguesia de Rabo de Peixe, concelho de Ribeira Grande”;



- E)** Foi determinado que ao procedimento pré-contratual seriam “aplicáveis as disposições constantes do Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março, e da Portaria nº 104/2001 de 21 de Fevereiro, alterada pela Portaria nº 1465/2002 de 14 de Novembro” (conf. artigo 1º do programa de concurso, artigo 2º do caderno de encargos e ponto VI.4 do anúncio do concurso ¹);
- F)** Decorre, desde logo, do anúncio do concurso, que ao cessionário cabe a “construção dos edifícios, a execução de todas as infra-estruturas necessárias e arranjos exteriores, nomeadamente zonas verdes, praças, arborização e pavimentação, enquadramento e qualificação urbana da zona de intervenção”, garantindo a Câmara Municipal da Ribeira Grande a aquisição da totalidade dos fogos a construir (ponto II.1.6);
- G)** Os edifícios deveriam obedecer às seguintes determinações (artigo 3º do Caderno de Encargos):
- “a) Serão constituídos por moradias unifamiliares em banda.
 - b) O número de referência pretendido pela Câmara (mas que não constitui obrigação para o concorrente uma vez que poderá não ser atingível em boas condições urbanísticas) é de 81 fogos...
 - c) O concorrente adaptará as tipologias ao número de fogos da sua proposta de forma a aproximar-se o mais possível da solução indicada na alínea anterior.”
- H)** O cessionário fica adstrito, entre outras, às seguintes obrigações (artigo 5º do Caderno de Encargos):

¹ O anúncio foi publicado no *Diário da República*, III série, nº 131, de 4 de Junho de 2004, e divulgado nos jornais “*Açoriano Oriental*”, “*Diário de Notícias*” e “*Correio dos Açores*”, em 19, 21 e 22 de Maio, respectivamente.



- Elaboração de todos os projectos necessários à construção dos edifícios, pavimentação dos arruamentos e arranjos exteriores relativos à qualificação urbana;
- Elaboração dos projectos;
- Aprovação dos projectos pelas entidades competentes;
- Obtenção do financiamento para desenvolvimento e execução do empreendimento;
- Construção dos edifícios;
- Venda dos fogos concluídos e com licença de habitação ao Município da Ribeira Grande.

I) O acto público de abertura das propostas decorreu em 6 de Julho de 2004, tendo havido um único concorrente – o consórcio formado pelas empresas “Somague-Ediçor, Engenharia, SA” e “STAL – Sociedade Técnica Açoriana, Lda.” (doravante denominado por “consórcio”), que foi admitido;

J) A proposta apresentada pelo consórcio contempla a construção de **61 fogos** em regime de custos controlados, das tipologias T2 (25 fogos, com a área de 85,30 m² e valor unitário de € 67.774,26); T3 (26 fogos, com a área de 103,89 m² e valor unitário de € 82.544,76); T4 (6 fogos, com a área de 112,63 m² e valor unitário de €89.489,04) e T5 (4 fogos, com a área de 129,58 m² e valor unitário de € 102.956,76), pelo preço de € 794,54 por m² de área bruta de construção e prazo de execução de 33 meses;

K) Por deliberação de 24 de Agosto de 2004, a Câmara Municipal de Ribeira Grande adjudicou a proposta pelo valor de € 794,54 por m² de área de construção e com o prazo de execução de 33 meses;

L) Por deliberação de 16 de Novembro de 2004, a Câmara Municipal de Ribeira Grande autorizou a cedência, ao consórcio, do terreno destinado



Tribunal de Contas

à construção dos fogos e à execução das infra-estruturas do loteamento, com a área total de 19.530,00 m², pelo preço de € 199.234,06. Posteriormente, o preço foi reduzido para € 195.343,16, por deliberação da Câmara Municipal, de 8 de Março de 2005, em virtude da rectificação da área do terreno cedido (corrigida para 19.151,20 m²);

M) Por deliberação de 22 de Março de 2005, a Assembleia Municipal autorizou a operação de loteamento para o Bairro dos Pescadores;

N) Por deliberação de 22 de Março de 2005, a Câmara Municipal de Ribeira Grande aprovou a minuta da escritura relativa à cedência do prédio urbano sito à Rua de Nossa Senhora da Guia, na Vila de Rabo de Peixe, a título definitivo e oneroso, com o ónus de o cessionário aí construir os “fogos a custos controlados e infra-estruturas urbanísticas, conforme concurso público promovido pelo Município”;

O) Em 23 de Maio de 2006, foi lavrada a escritura de cedência do prédio destinado à construção dos fogos a custos controlados;

P) Na mesma data – 23 de Maio de 2006 – foram celebrados, entre o Município de Ribeira Grande e o consórcio, os seguintes contratos:

i) “*Contrato de adjudicação*”, de cujo conteúdo se destaca:

- O Município de Ribeira Grande adjudica ao consórcio “o concurso público para a construção de fogos em regime de custos controlados e no âmbito de contrato de desenvolvimento para habitação – Bairro dos Pescadores, Rabo de Peixe, por preço global, em conformidade com a sua proposta”;
- O número total de fogos a construir é de 61 fogos, sendo 25 fogos de tipologia T2; 26 fogos de tipologia T3; 6 fogos de tipologia T4 e 4 fogos de tipologia T5;



- a comercialização será efectuada pelo preço de € 794,54 por m² de área bruta de construção dos fogos;
 - O encargo total do contrato, atendendo à área bruta de construção (6.027,74 m²), é de € 4.789.280,46 a que acresce o IVA à taxa de 4%;
 - O pagamento dos trabalhos, respectivas revisões e acertos, será efectuado por prestações mensais, de acordo com os autos de medição dos trabalhos executados, não podendo exceder 44 dias a contar da elaboração destes, nos termos do artigo 202º do Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março (cláusula 1ª);
 - As medições referir-se-ão ao último dia de cada mês e serão efectuadas dentro dos primeiros 10 dias do mês seguinte (cláusula 2ª);
 - O prazo de execução é de 33 meses a contar da data do auto de consignação dos trabalhos (cláusula 3ª);
 - O prazo de garantia dos trabalhos é de cinco anos a contar da data da recepção provisória dos mesmos (cláusula 8ª);
 - À execução do contrato
 - Aplicam-se os diplomas legais em vigor, designadamente, o Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março (cláusula 7ª);
- ii) *Contrato-promessa de compra e venda*, de cujo conteúdo se destaca:
- O Município de Ribeira Grande promete comprar e o consórcio promete vender 61 fogos com as tipologias T2 (25 fogos, nos lotes “A01” a “A25”); T3 (26 fogos, nos lotes “B01” a “B26”); T4 (6 fogos, nos lotes “C01” a “C06”) e T5 (4 fogos, nos lotes “D01” a “D04”) – cláusula 1ª;
 - Os valores de venda são os seguintes, por tipologia (cláusula 2ª):
 - T2 - € 67.774,26;
 - T3 - € 82.544,76;
 - T4 - € 89.489,04;



- T5 - € 102.956,76.

O preço de venda dos fogos será actualizado à data da conclusão das habitações e corresponde ao menor dos valores entre o valor da Portaria nº 500/97 de 21 de Julho e o preço máximo da Portaria aplicável ao ano civil da data da escritura pública de aquisição a que se refere o nº2 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 197/95 de 29 de Julho;

- O preço das fracções objecto da compra e venda prometida será pago pelo Município de Ribeira Grande ao consórcio na data da celebração da escritura pública de aquisição dos fogos (cláusula 3ª);

- As escrituras de compra e venda deverão ser celebradas após a conclusão das obras, no máximo de 20 dias após a emissão da licença de utilização, comprometendo-se o consórcio a concluir as obras no prazo de 33 meses a contar da assinatura do contrato (cláusula 4ª);

Q) Por deliberação de 18 de Setembro de 2007, a Câmara Municipal de Ribeira Grande aprovou uma minuta de “aditamento” ao contrato-promessa de compra e venda de 61 fogos, de cujo conteúdo se destaca (cláusula 1ª):

- O Município de Ribeira Grande promete comprar e o consórcio promete vender **79 fogos** com as tipologias T1 (3 fogos, nos lotes “F01” e “F02”); T2 (26 fogos, nos lotes “A01” a “A26”); T3 (26 fogos, nos lotes “B01” a “B26”); T4 (17 fogos, nos lotes “C01” a “C09”, “F01” e “F02”) e T5 (7 fogos, nos lotes “D01” a “D07”);

- O Município de Ribeira Grande prescinde das áreas de cedência do loteamento destinadas a espaços verdes, bem como o pagamento das compensações previstas para o efeito, de modo a que o consórcio possa proceder à alteração do alvará de loteamento e construção de mais fogos;



- O Município de Ribeira Grande compromete-se a deferir a alteração ao alvará de loteamento decorrente da alteração quer do número de fogos, quer das tipologias, e prescinde do pagamento das taxas previstas para o efeito.

R) O “aditamento” ao contrato-promessa de compra e venda foi firmado em 19 de Setembro de 2007, e, por via deste, o cessionário ficou adstrito à construção de **mais 18 fogos**, das tipologias T1 (3 fogos); T2 (1 fogo); T4 (11b fogos) e T5 (3 fogos), cujo valor total ascende a €1.484.971,41²;

S) Por deliberação de 30 de Dezembro de 2008, a Câmara Municipal aprovou as minutas das escrituras relativas aos contratos de compra e venda de 36 e de 11 fogos, das tipologias T2, T3 e T4, as quais foram submetidas a fiscalização prévia em 8 de Janeiro de 2009 (processos a que foram atribuídos os n.ºs 2/2009 e 3/2009, respectivamente);

T) A minuta relativa ao contrato de compra e venda de 36 fogos abrangia os lotes “A15” a “A26” (T2); “B04”, “B07” a “B13” e “B17” a “B26” (T3) e “C01” a “C06” (T4); a minuta relativa ao contrato de compra e venda de 11 fogos, os lotes “A10” a “A14” (T2), “B05”, “B06”, “B15” e “B16” (T3) e “C07” e “C08” (T4);

U) Atendendo a que os lotes “A26”, “C07” e “C08” não estavam contemplados na proposta apresentada pelo consórcio, decorrendo, ao invés, do “aditamento” ao contrato-promessa de compra e venda, o Serviço foi chamado a pronunciar-se sobre a sua legalidade, por se afigurar que, com este, haviam sido “substancialmente alteradas as

² O valor representa 31% do valor de adjudicação e foi apurado tendo por base os preços indicados, para as respectivas tipologias, no contrato-promessa de compra e venda celebrado em 23 de Maio de 2006, com excepção dos fogos da tipologia T1, não contemplados na proposta apresentada, em que se atendeu ao valor apresentado para o m² de construção de área bruta (€ 794,54), multiplicado pela área mínima fixada para o T1 na Portaria n.º 500/97 de 21 de Julho (52 m²).



condições da adjudicação”.³ Em resposta foi alegado, em síntese, o seguinte:⁴

- O caderno de encargos adoptou como referência o número de 81 fogos (embora este número não constituísse obrigação para o concorrente dado que poderia “não ser atingível em boas condições urbanísticas”);
- O anúncio do concurso não faz qualquer alusão ao número de fogos a construir;
- Houve apenas um único concorrente;
- A construção dos 18 fogos não contemplados na proposta apresentada pelo consórcio fica aquém do limite fixado no caderno de encargos (61 + 18=79);
- O terreno onde iriam ser implantados os 18 fogos já estava cedido, nos termos da escritura lavrada em 23 de Maio de 2006.

V) Posteriormente, em 19 de Fevereiro de 2009, o Serviço desistiu do pedido de fiscalização prévia das minutas objecto dos processos nºs 2/2009 e 3/2009⁵ e, simultaneamente, submeteu a fiscalização prévia novas minutas de escrituras, relativas a dois contratos de compra e venda, de 36 e 11 fogos (processos a que foram atribuídos os nºs 18/2009 e 19/2009, respectivamente);

W) A minuta da escritura relativa ao contrato de compra e venda de 11 fogos, ora em apreciação, abrange os lotes “A11” a “A14”, “A14” a “A26” (T2); “B05”, “B06”, “B15” e “B16” (T3) e “C07” e “C08” (T4);

³ Conf. ofício nº UAT -1 15, de 19 de Janeiro de 2009.

⁴ Conf. ofício nº 870, de 28 de Janeiro de 2009.

⁵ Em função do pedido formulado através do ofício nº 1363, de 19 de Fevereiro de 2009, os processos foram devolvidos definitivamente ao Serviço, por despacho de 25 de Fevereiro de 2009, comunicado através do ofício nº UAT – I 64/09, da mesma data.



- X) Os lotes “A26”, “C07” e “C08” (T4) não constam da proposta apresentada pelo consórcio.

III – O DIREITO

1. Para analisar a questão *sub judice*, importa efectuar uma excursão pela matéria de facto dada por assente, na parte mais relevante para a decisão a proferir:

Assim, observa-se que a Câmara Municipal de Ribeira Grande, por deliberação de 4 de Junho de 2004, autorizou a abertura de um concurso público para a “cedência de terrenos para construção de fogos em regime de custos controlados e no âmbito de contrato de desenvolvimento para habitação – Bairro dos Pescadores – na freguesia de Rabo de Peixe (vide a alínea **D**) do probatório).

Nos termos do artigo 1º do Programa de Concurso, do artigo 2º do Caderno de Encargos e do ponto VI.4, do Anúncio do mesmo concurso, foi determinado que, ao procedimento pré-contratual, se aplicariam as disposições do DL nº59/99 de 2 de Março e da Portaria nº 1465/2002 de 14 de Novembro (*ut* alínea **E**) do probatório).

Conforme o referido no artigo 3º, do Caderno de Encargos, estabeleceu-se que os edifícios, a construir, deveriam ser constituídos por moradias unifamiliares, em banda, e o número de referência pretendido pela Câmara Municipal de Ribeira Grande era de 81 fogos, sendo que o concorrente adaptaria as tipologias ao número de fogos da sua proposta, de modo a aproximar-se o mais possível da solução pretendida (alínea **G**) do probatório).

Ao concurso apresentou-se, apenas, um concorrente, cuja proposta contemplava a construção de 61 fogos em regime de custos controlados, de várias tipologias (alíneas **I** e **J**) do probatório).



Uma vez celebrados, com o referido concorrente, o contrato de adjudicação da construção dos 61 fogos e o contrato-promessa de compra e venda desses fogos, e porque as necessidades de realojamento de agregados familiares, na freguesia de Rabo de Peixe, eram superiores às 61 habitações, o Município de Ribeira Grande veio a deliberar, em 18 de Setembro de 2007, a aprovação de uma minuta de “aditamento” ao contrato-promessa de compra e venda, nos termos da qual o citado Município promete comprar – e o consórcio concorrente promete vender – 79 fogos de várias tipologias, prescindindo das áreas de cedência do loteamento destinadas a espaços verdes, para que o dito consórcio possa construir mais fogos, e compromete-se a aprovar a alteração ao alvará de loteamento, decorrente da alteração do número de fogos (vide a matéria de facto constante das alíneas **P**) e **Q**) do probatório).

Em 19 de Setembro de 2007, veio a ser firmado o “aditamento” ao contrato-promessa de compra e venda, tendo o consórcio cessionário ficado adstrito à construção de mais 18 fogos (vide alínea **R**) do probatório).

Em 8 de Janeiro de 2009, a Câmara Municipal de Ribeira Grande submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas duas minutas de contratos de compra e venda, - processos n.ºs 2/2009 e 3/2009, um relativo a 36 fogos e outro relativo a 11 fogos – sendo que a minuta relativa à compra e venda de 36 fogos compreendia, entre outros, o lote “A26”, e a minuta relativa à aquisição de 11 fogos compreendia, entre outros, os lotes “C07” e “C08” (vide a matéria de facto constante da alínea **S**) do probatório).

Após ter sido questionado, em 19 de Janeiro de 2009, pelo facto de os lotes “A26”, “C07” e “C08” não estarem contemplados na proposta apresentada pelo consórcio concorrente, e decorrerem do “aditamento” supra mencionado, o que configurava uma alteração substancial das condições da adjudicação, e de ter respondido a esta questão pelo modo indicado na alínea **U**) do probatório, veio o Município de Ribeira Grande a desistir do pedido de fiscalização prévia relativo



Tribunal de Contas

aos processos nºs 2/2009 e 3/2009, em 19 de Fevereiro de 2009 (vide alínea **V**) do probatório).

Na mesma data de 19 de Fevereiro de 2009, O Município de Ribeira Grande, submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas novas minutas de escritura pública relativas a dois contratos de compra e venda de 36 fogos e de 11 fogos, respectivamente, sendo que a minuta relativa ao contrato de compra e venda dos 11 fogos abrange, entre outros, os lotes “A26”, “C07” e “C08” (*ut* alínea **V**) do probatório).

Estes lotes “A26”, “C07” e “C08” não se encontravam contemplados na proposta apresentada pelo consórcio concorrente, decorrendo, ao invés, do “aditamento” ao contrato-promessa atrás referido (vide alíneas **R**), **T**), **U**), **W** e **X**) do probatório).

2. A decisão recorrida veio a recusar o visto à minuta do contrato de compra e venda dos 11 fogos, supra referida, com fundamento em que “a construção de fogos por encomenda e de acordo com as especificações de entidade adjudicante, que, desde logo, assume o compromisso de os comprar, impõe a aplicação do regime pré-contratual do contrato de empreitada de obras públicas.”.

De resto, - diz ainda a decisão recorrida -, também assim entendeu o Município, quando determinou que ao procedimento pré-contratual seriam aplicáveis as disposições do DL nº 59/99 de 2 de Março, diploma então em vigor.

Ora, os lotes “A26”, “C07” e “C08” estavam incluídos nos 18 novos fogos, cuja construção e subsequente aquisição, não havia sido precedida da realização de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio.



Tribunal de Contas

Por isso, face exigibilidade legal de um destes procedimentos pré-contratuais, e perante a sua omissão, foi recusado o visto, nos termos do artigo 44º, nº3, alínea a), da Lei nº 9897 de 26 de Agosto.

3. Como emerge da matéria factual dada por assente, a minuta de escritura de compra e venda, submetida a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, refere-se à compra e venda de 11 fogos, entre os quais figuram três, que estão incluídos na contratação da construção dos 18 fogos, a que se reporta o “aditamento” firmado em 19-9-2007, - no valor de € 1.484.971,41 – a qual não foi precedida de qualquer procedimento concursal.

Ao contrário do que, normalmente, acontece na contratação civil privada, em que os particulares gozam de ampla autonomia na forma e no conteúdo do contrato, na contratação pública, a Administração tem que obedecer a regras determinadas.

Essas regras versam sobre a competência, a capacidade para contratar, a escolha do co-contratante, a forma de realização do contrato e, ainda, outras formalidades ligadas a este.

Na Contratação Pública, a escolha do contratante particular não é, por isso, livre.

Está submetida a critérios estritos, definidos na lei.

Como refere MARIA JOÃO ESTORNINHO,⁶ a razão pela qual a Administração Pública não pode furtar-se à vinculação dos direitos fundamentais é o facto de ela ser sempre Administração Pública, e nunca se transformar em pessoa privada, seja em que circunstâncias for, mesmo quando utiliza forma jurídico-privadas.

Diz ainda esta Autora que, quanto maiores e mais frequentes forem as “fugas” às formas jurídico-públicas, “tanto mais necessário se torna ser

⁶ In “A Fuga para o Direito Privado”, 1996, pág. 239.



absolutamente intransigente na afirmação da sua vinculação aos direitos fundamentais e, nomeadamente, ao princípio a igualdade”.

O mesmo resulta do disposto no artigo 2º, nº5, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), nos termos do qual os princípios que norteiam a actividade administrativa, bem como as normas que concretizam preceitos constitucionais, são aplicáveis “a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

Poderá perguntar-se: Então, qual é a forma procedimental adequada à realização destes princípios?

A tal questão responderemos que é o *concurso público*.

Citando MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, ⁷ dir-se-á que a questão do respeito pelo *princípio da igualdade*, garantido através do concurso público, coloca-se assim:

“...trata-se de assegurar que todos os cidadãos potencialmente interessados em contratar com a Administração ... tenham efectivo acesso ao procedimento de contratação e iguais hipóteses de se tornarem co-contratantes”.

Para esta Autora é, ainda, o concurso público que garante o cumprimento do *princípio da imparcialidade*, na vertente da ponderação de todos os interesses relevantes – não só públicos como privados.

Por outro lado, lembra também a referida Autora ⁸ que “também o princípio da racionalidade na actuação da Administração – e, necessariamente o da prossecução do interesse público – implica que, na celebração de contratos administrativos, a Administração faça a melhor escolha, o que significa que esta deverá escolher o co-contratante que melhor seja capaz de satisfazer os fins que conduziram à decisão de contratar (...) Ainda do ponto de vista do princípio

⁷ In “*O Concurso Público nos Contratos Administrativos*”, 1999, pág. 258 e segs..

⁸ Ob. cit. pág. 260.



Tribunal de Contas

constitucional da transparência, o ambiente de publicidade inerente a todo o concurso público e o facto de este permitir um verdadeiro controlo das decisões – que implicam escolhas – da entidade adjudicante, transformam-no no procedimento de contratação administrativa preferido pela Constituição”.

Ora, no caso vertente, e face ao valor do contrato relativo à construção dos 18 fogos supra mencionados, era obrigatória a realização de um concurso público, ou de um concurso limitado com publicação de anúncio, nos termos do artigo 48º, nº2, do DL nº 59/99 de 2 de Março.⁹

No mesmo sentido concorre o disposto no artigo 183º, do CPA, ao estabelecer que, *com ressalva do disposto nas normas que regulam a realização de despesas públicas ou em legislação especial, os contratos administrativos devem ser precedidos de concurso público.*

E, para além de obrigatório, o concurso público seria útil sob todos os pontos de vista, designadamente no que respeita à “legitimação da escolha”.

É que, citando, de novo, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL,¹⁰ é necessário não só assegurar que seja realmente escolhido o melhor, mas também garantir que toda a comunidade acredite que foi feita uma boa escolha, apenas baseada no interesse público e sem interferência de factores estranhos.

4. Diz a recorrente que a celebração, em 19 de Setembro de 2007, do aditamento ao contrato-promessa de compra e venda, se trata, no fundo “de um novo contrato promessa de compra e venda de 18 fogos, apesar de as partes terem celebrado um aditamento ao contrato inicial de promessa de compra e venda dos 61 fogos, que não deverá ser valorado no sentido de ser aditado à proposta da Somague-Ediçor, SA e STAL, Lda. de construção de 61 fogos,

⁹ Diploma que veio a ser revogado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, o qual aprovou o Código dos Contratos Públicos.

¹⁰ Ob. cit. pág. 113.



Tribunal de Contas

considerando que a designação, dada pelas partes, não se mostra consonante com o procedimento adoptado ao abrigo do disposto no DL n° 165/93 de 7 de Maio”.

Mais diz a recorrente que o contrato de compra e venda de 18 fogos que, por mero lapso, deu origem ao aditamento ao contrato promessa de compra e venda de 11 fogos (onde se incluem os correspondentes aos lotes “A26”, “C07” e “C08”) não dependia de concurso público, ou de concurso limitado com publicação de anúncio.

E isto porque, segundo a recorrente, a designação, dada pelas partes, de “aditamento à proposta da Somague-Ediçor, SA e STAL, Lda. de construção de 61 fogos ... não se mostra consonante com o procedimento adoptado ao abrigo do DL n° 165/93 de 7 de Maio”.

Assim, a Câmara Municipal de Ribeira Grande procedeu à celebração do contrato de compra e venda dos 18 fogos, de acordo com o disposto no artigo 10º, alínea c) e no artigo 15º do DL n° 165/93 de 7 de Maio, motivo por que não decorria a necessidade legal do lançamento de concurso público para aquisição de fogos construídos em regime de custos controlados.

4. 1. Não tem razão a recorrente.

Efectivamente, o DL n° 165/93 de 7 de Maio não regula os procedimentos pré-contratuais conducentes à celebração de contratos de compra e venda de fogos, em regime de custos controlados.

O DL n° 165/93, conforme decorre do disposto no seu artigo 1º, regula a concessão de financiamentos a empresas privadas de construção civil para a construção de habitação de custos controlados, ao abrigo de contratos de desenvolvimento para habitação.



Tribunal de Contas

Por seu lado, o contrato de desenvolvimento para habitação (CDH) é, segundo dispõe o artigo 2º, nº1, do mesmo diploma legal, um contrato celebrado entre as instituições financiadoras, por si ou em associação, e as empresas privadas que se dediquem à construção civil, com vista à construção de habitação de custos controlados para venda, destinados a habitação própria ou a arrendamento para habitação.

O que o artigo 10º, alínea c), do DL nº 165/93, de 7 de Maio – citado pelo recorrente – estabelece, é que *as habitações construídas no âmbito de CDH podem ser destinadas a venda a municípios ou a instituições particulares de solidariedade social (IPSS) para arrendamento em regime de renda apoiada.*

Por seu turno, o artigo 15º do mesmo diploma, também citado pela recorrente, tem por epígrafe “*Opção de compra*” e estipula, por um lado, que os municípios ou as IPSS podem assegurar a aquisição de fogos construídos ao abrigo do este diploma, podendo ser partes outorgantes do CDH e, por outro lado, que o CDH pode prever a opção de compra por outras entidades de fogos destinados a venda para arrendamento habitacional.

Nesta conformidade, o DL nº 165/93 de 7 de Maio, além de ter o escopo atrás mencionado, e constante do seu artigo 1º, não contém qualquer regime especial que preveja, para a construção de fogos a custos controlados, no âmbito de contrato de desenvolvimento para habitação, uma exceção aos procedimentos pré-contratuais previstos quer no DL nº 59/99 de 2 de Março, quer no CPA.

No caso vertente, com a adjudicação e a contratualização dos 61 fogos resultantes da realização do concurso público, foi posto termo ao procedimento concursal oportunamente levado a cabo.

Como bem refere o Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público, a partir da celebração do contrato de empreitada ficaram estabelecidos os direitos e obrigações das partes contratantes, seguindo-se os actos de *execução do contrato* (artigos 140º e segs. do DL nº 59/99 de 2 de Março).





Tribunal de Contas

Ora, o objecto do contrato era a construção de 61 fogos, pelo que, a construção, para além deste limite, está fora da execução desse contrato.

Assim, a construção dos 18 fogos suplementares, não poderia conformar a execução da mesma empreitada e, pelo contrário, deveria ter sido antecedida do adequado procedimento pré-contratal.

Bem andou, pois, a decisão recorrida ao considerar que, face ao valor do contrato, a adjudicação dos 18 novos fogos deveria ter sido precedida da realização de um concurso público ou de um concurso limitado com publicação de anúncio.

Na verdade, e em aditamento ao que atrás se disse, o concurso público é o procedimento que, com a maior amplitude, salvaguarda os princípios da legalidade, da igualdade, da transparência, da imparcialidade e da prossecução do interesse público que, tendo assento no artigo 266º, nºs 1 e 2 da Constituição da República, nos artigos 7º, 8º, 9º e 10º do DL nº 197/99 de 8 de Junho, aplicável às empreitadas de obras públicas *ex vi* do artigo 4º, nº1, al. a), do mesmo diploma, e nos artigos 3º a 5º do CPA, devem enformar toda a actuação da Administração, num Estado de Direito.

Ora, como é jurisprudência pacífica e repetida deste Tribunal, a falta de concurso público, ou de concurso limitado com publicação de anúncio, quando legalmente exigíveis – como era o caso – acarreta a nulidade do procedimento, nulidade essa que se transmite ao contrato, por preterição de um elemento essencial, nos termos dos artigos 133º, nº1 e 185º, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

Tal nulidade é, por outro lado, fundamento de recusa de visto, de acordo com o disposto no artigo 44º, nº3, alínea a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

Nenhuma censura merece, pois, a decisão recorrida, ao recusar o visto ao contrato, decisão essa que, assim, se confirma.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao presente recurso e, em consequência, em confirmar a decisão recorrida.

São devidos emolumentos (artigo 16º, nº1, al. b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 14 de Julho de 2009.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Abreu Lopes)



Tribunal de Contas

(João Figueiredo)

(Helena Ferreira Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)