



ACÓRDÃO N.º 17/10 – 08.JUN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 7/2010-SRATC-R

(Processo de fiscalização prévia n.º 136/2009 - Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas)

SUMÁRIO

1. No âmbito da promoção de habitação social, a lei prevê que os municípios e as empresas municipais possam proceder à construção ou, em alternativa, à aquisição de fogos ou empreendimentos, construídos ou a construir (cfr. designadamente o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 135/2004).
2. A entidade pública não está vinculada a adoptar um contrato típico de empreitada quando pretenda adquirir fogos a construir para habitação social, podendo, para o efeito, celebrar contratos promessa de aquisição de bens futuros.
3. Nesse contexto, é admissível que exija elementos para aferir atempadamente da adequabilidade dos fogos ao pretendido, que exija a prova de direito sobre a titularidade do terreno proposto e que fixe um prazo máximo para a construção dos fogos.
4. Mas, ainda que a conformação formal dos contratos seja a de aquisição de bens imóveis, no caso da aquisição de fogos a construir existe substancialmente uma encomenda de obra pública, que não pode ser subtraída ao regime procedimental que seria aplicável a uma empreitada típica. Como se tem afirmado na jurisprudência deste Tribunal, *a construção de fogos para habitação social por encomenda e de acordo com as especificações da entidade adjudicante, que, desde logo assume o compromisso de os adquirir no futuro, logo que estejam concluídos, impõe a aplicação do regime pré-contratual do contrato de empreitada de obras públicas.*
5. O valor do contrato e o disposto no n.º 2 do artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, impunham a realização de um concurso público ou de



Tribunal de Contas

- um concurso limitado com publicação de anúncio para escolha do co-contratante.
6. No caso, o contrato foi precedido de um concurso público, mas o anúncio, ao invés do que sucedia no programa de concurso, apenas divulgou a oferta de compra de 28 fogos num empreendimento constituído por moradias, não referindo a possibilidade de serem apresentadas a concurso propostas relativas a empreendimentos a edificar.
 7. Deste modo, a respectiva publicitação não assegurou condições de verdadeira concorrência, sendo possível que eventuais candidatos ao concurso possam não ter concorrido por não disporem de habitações edificadas com as características pretendidas, não se tendo apercebido que as poderiam construir.
 8. O contrato em apreciação foi precedido de um concurso público cujo objecto não foi adequadamente publicitado.
 9. A falta de adequada publicitação, enquanto elemento essencial do concurso, nos termos dos artigos 80.º e 52.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99, e do artigo 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, originou, no caso, a irrelevância do concurso realizado e, consequentemente, a falta do procedimento concursal exigível.
 10. O concurso público, quando obrigatório, é um elemento essencial do procedimento de adjudicação, pelo que a sua falta, ou irrelevância, origina a nulidade do acto procedimental em que assentou a celebração do contrato, nos termos do disposto no artigo 133.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo. Esta nulidade conduz à nulidade do contrato celebrado, como resulta do disposto no artigo 185.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, aplicável à data, e também hoje do artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.
 11. A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.
 12. A ilegalidade resultante de não terem sido asseguradas condições de verdadeira concorrência é também, susceptível de conduzir à alteração do resultado financeiro do procedimento adoptado e do subsequente contrato, o que igualmente constitui fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a



Tribunal de Contas

fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo 44.º.

Lisboa, 8 de Junho de 2010

Relatora por vencimento: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 17/10 – 08.JUN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 7/2010-SRATC-R

(Processo de fiscalização prévia n.º 136/2009 - Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas)

I. RELATÓRIO

I.1. Pela Decisão n.º 2/2010-SRTCA, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de “Aquisição de 28 fogos a Custos Controlados – Serra de Santiago – Lajes”, celebrado em 13 de Janeiro de 2009, entre o *Município de Praia da Vitória* e a empresa “*Somague-Ediçor, Engenharia, SA*”, pelo valor de € 2.203.838,00.

I.2. A recusa do visto, proferida ao abrigo do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do art.º 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹, fundamentou-se:

- Na falta de publicitação do procedimento pré-contratual que conduziu à celebração do contrato, dando origem à nulidade do acto de adjudicação e do subsequente contrato;
- Na ilegalidade das exigências feitas aos concorrentes quanto à elaboração de projectos e à propriedade do terreno onde seriam construídos os fogos, as quais foram considerados como susceptíveis de alterar ou poder alterar o resultado financeiro do contrato.

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.



I.3. Inconformada com a Decisão, veio dela interpor recurso a empresa municipal *Praia em Movimento, EM*, pedindo a revogação da mesma e a concessão de visto ao contrato.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 13 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas. As referidas alegações culminam com as seguintes conclusões:

“ I – Por cedência da posição contratual assumida pelo Município da Praia da Vitória, a Empresa Praia em Movimento celebrou com a empresa um contrato para “aquisição de 28 fogos a Custos controlados – Serra de Santiago – Lajes”, o qual foi sujeito a fiscalização prévia, e objecto de recusa de visto.

II – Como fundamentos para a recusa de visto foram apresentados os seguintes:

- *O contrato celebrado reúne os elementos típicos do contrato de empreitada de obras públicas, pelo que se encontrava no âmbito de aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas;*
- *O anúncio publicado apenas divulgou a parte do procedimento que se dirigia à aquisição de fogos construídos, operação que era impossível por estes não existirem, pelo que o seu objecto não foi publicitado;*
- *Foi exigido aos concorrentes a apresentação, com as propostas, do projecto base de arquitectura e dos projectos das especialidades desenvolvidas ao nível de estudo prévio, contrariando o disposto no art. 11º do DL 59/99, de 2 de Março, que só admitia o modelo de concepção/construção quando se tratasse de obras cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem, o que não é o caso;*
- *Foi ainda exigido aos concorrentes que fossem proprietários ou promitentes-compradores de terreno situado no local designado pela entidade adjudicante, onde seriam edificados os fogos;*
- *Deste modo, exigia-se que os interessados, para conseguirem concorrer, desde logo, tomassem conhecimento do lançamento do concurso por outra via que não o anúncio, depois, teriam de elaborar o projecto base de arquitectura e os estudos prévios*



das especialidades e ainda teriam de adquirir ou celebrar um contrato-promessa de compra e venda do terreno onde iria ser feita a obra, tudo com o risco da sua proposta não vir a ser escolhida.

III – No programa de concurso, no ponto 11 – Elementos da Proposta, foram identificados todos os elementos que deverão ser apresentados pelos Concorrentes, tendo sido previstas duas situações: a de o Empreendimento não estar ainda construído e a de o empreendimento estar já em execução ou concluído;

IV – A adjudicação foi feita para a aquisição de fogos a construir, motivo pelo qual entendeu o Tribunal que o contrato reúne os elementos essenciais típicos do contrato de empreitada de obras públicas;

V – À semelhança de um contrato de empreitada de obras públicas, o contrato em causa tem como sujeitos uma entidade pública e um empreiteiro de obras públicas, no entanto, não era requisito do Concurso que o Concorrente fosse um Empreiteiro de Obras Públicas, pois tal exigência não consta de qualquer uma das peças do procedimento;

VI – Apesar de os sujeitos do contrato serem os mesmos que figuram num contrato de Empreitada de Obras Públicas, o objecto do contrato que foi celebrado entre eles não é o de uma Empreitada;

VII – Ao contrário daquilo que é referido na Decisão, não é a “concepção e construção de 28 fogos e respectivos arranjos exteriores, destinados a habitação social”, pois o que se pretendeu foi o fornecimento dos fogos já concluídos e com licenças de utilização emitidas, conforme consta do Anúncio e do Programa de Concurso;

VIII – Há ainda outros elementos do contrato que nos levam a concluir que não estamos perante uma empreitada de obras públicas, nomeadamente a titularidade do terreno onde estariam edificados os fogos, ou onde os mesmos seriam edificados, a qual teria de ser do concorrente;



- IX – Efectivamente, não pretendeu a Praia em Movimento edificar fogos em terrenos que fossem seus, pelo contrário a intenção foi a de os adquirir já concluídos por outra entidade, ficando com a titularidade não só do terreno, mas também da edificação. Diferentemente da Empreitada, não há aqui lugar a consignação do local disponibilizado pelo Dono da Obra para a realização dos trabalhos;*
- X – Também o modo de pagamento dos fogos em nada é característico das Empreitadas de Obras Públicas, os pagamentos não serão feitos nem com base em medições, nem em prestações fixadas, mas sim por meio de pagamento do valor do fogo no acto de escritura;*
- XI – Deste modo, também o prazo para pagamentos que é estabelecido no art. 212º do DL 59/99 não tem aqui qualquer relevância, pois o mesmo será feito no acto da escritura que é quando se dá a aquisição;*
- XII – Por outro lado, não há a nomeação de Fiscalização por parte da Entidade Pública, que controle o modo como será feita a edificação, precisamente porque o interesse está na aquisição do fogo concluído e licenciado;*
- XIII – Deste modo, o que está em causa no presente contrato é o fornecimento dos fogos já concluídos e devidamente licenciados, não existindo qualquer prerrogativa de controlo do modo como os mesmos serão edificados;*
- XIV – Em face de todos estes factos não pode concordar-se com o enquadramento feito na Decisão aqui em análise de que estaríamos em face de um contrato de empreitada de obras públicas, porquanto não foi contratada a realização de trabalhos de construção, mas sim a aquisição dos fogos concluídos e licenciados;*
- XV – O Concurso para a celebração do contrato ao qual foi recusado o visto, foi objecto de anúncio publicado no Diário da República, onde foi identificado o objecto do contrato “Aquisição de 28 fogos a custos controlados (17 T2, 8 T3, 2 T4 e 1 T4+1), num*



empreendimento constituído por moradias”, de onde resulta inequivocamente que o objecto é a aquisição e não existe intenção de assunção de responsabilidade pela construção;

XVI – O objecto do concurso foi devidamente publicitado, não restringindo de forma nenhuma a concorrência, porquanto foram 4 as empresas que levantaram os respectivos processos, pelo que uma vez mais não pode concordar-se com o enquadramento da Decisão;

XVII – O Tribunal refere ainda que não só estamos em face de um contrato de empreitada, como se trata de um contrato de concepção/construção, uma vez que “o programa de concurso exigia que os concorrentes instruísem as suas propostas com o projecto base de arquitectura e com os projectos das especialidades desenvolvidos ao nível do estudo prévio”;

XVIII – Os elementos solicitados visavam apenas aferir das características dos fogos que seriam apresentados a Concurso, de modo a poder verificar da sua conformidade com as pretensões de alojamento que a Câmara tinha, pois sem os conhecer, não poderia avaliar-se da sua adequabilidade às pretensões em causa – alojamento de famílias residentes na Serra de Santiago;

XIX – Por fim, quanto à necessidade de fazer prova da titularidade do terreno ou da existência de um contrato-promessa, tal exigência enquadra-se no risco normal de quem participa em concursos públicos;

XX – No presente caso, tal elemento era essencial para aferir das possibilidades do Concorrente de poder cumprir o objecto do contrato, pelo que não se vislumbra em que medida possa limitar a concorrência.”

I.4. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas emitiu parecer no sentido de que o recurso não merece provimento e de que deve manter-se a decisão recorrida.



I.5. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. DOS FACTOS

Tendo em conta o disposto no artigo 100.º, n.º 2, da LOPTC, o que consta da decisão recorrida e do correspondente processo e as alegações do recorrente, considera-se assente a seguinte matéria de facto relevante:

- a) Por deliberação de 4 de Março de 2008, a Câmara Municipal da Praia da Vitória autorizou a abertura de concurso público para a *“aquisição de 28 fogos a custos controlados, na Serra de Santiago, Vila das Lajes, Concelho da Praia da Vitória”*, e aprovou os respectivos Programa de Concurso e Caderno de Encargos, com base na Proposta – I/682/2008, do Presidente da Câmara Municipal, de 27 de Fevereiro de 2008;
- b) O anúncio de abertura do concurso foi publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 64, de 1 de Abril de 2008, e nos jornais *Correio da Manhã* e *Diário Insular*, de 31 de Março de 2008;
- c) Esse anúncio, na parte relativa à descrição do objecto do concurso, definiu-o como um fornecimento, na modalidade de compra, com as seguintes referências:
 - *“Designação dada ao contrato pela entidade adjudicante: Aquisição de 28 fogos no lugar da Serra de Santiago”*;
 - *“Descrição/objecto do concurso: Aquisição de 28 fogos a custos controlados (17 T2, 8 T3, 2T4 e 1 T4+1), num empreendimento constituído por moradias”*;
- d) O mesmo anúncio, na parte relativa à duração do contrato ou prazo de execução, indicou: *“450 dias a partir da decisão de adjudicação”*;
- e) Na parte relativa ao Critério de Adjudicação, o anúncio indicou que o mesmo era o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os critérios a seguir indicados:
 - 1) Qualidade técnica da proposta: 30%;



- 2) Preço de venda proposto - 20%;
- 3) Localização dos fogos – 30%;
- 4) Prazo de entrega dos fogos- 20%;

f) O Programa do Concurso, no ponto 1, epigrafado “*Identificação e Objecto do Concurso*”, procedeu a essa identificação do seguinte modo:

“1.1. O presente concurso tem por objecto a aquisição de 28 fogos a custos controlados (P^a n.º 500/97 de 21 de Julho), edificados num empreendimento devidamente constituído por moradias, no lugar da Serra de Santiago, Vila das Lajes, concelho da Praia da Vitória com as tipologias indicados no Quadro I e de acordo com as características definidas nas condições técnicas que fazem parte integrante do processo.

1.2. A aquisição dos fogos objecto do presente concurso será feita pelo Município, de acordo com o estabelecido no artigo 29.º do DL n.º 163/93, de 7 de Maio, artigo que lhe foi aditado por força do artigo 36.º do DL 135/2004, de 3 de Junho. (...)

1.3. O empreendimento a que se refere o número anterior, deverá possuir as seguintes características

A) Quadro I – Tipologia dos fogos

<i>Tipologia</i>	<i>Nº de fogos</i>
<i>T2</i>	<i>17</i>
<i>T3</i>	<i>8</i>
<i>T4</i>	<i>2</i>
<i>T4+1</i>	<i>1</i>
<i>TOTAL</i>	<i>28</i>

B) No mínimo um lugar de estacionamento por fogo

1.4. O Município apenas procederá à aquisição de um edifício nas seguintes condições:

- a) Edifício considerado integralmente, e nunca procederá à aquisição de fogos isolados, de forma avulsa;*
- b) O empreendimento a adquirir será constituído por 28 fogos”;*

g) O mesmo Programa de Concurso, no seu ponto 11, relativo aos “*Elementos da Proposta*”, referiu que a proposta deveria ser instruída com os seguintes elementos:



“A) CASO SE TRATE DE EMPREENDIMENTO A EDIFICAR:

- a) *Proposta de preço discriminando o preço unitário por tipologia e o preço total atribuído ao empreendimento;*
- b) *Nota justificativa do preço proposto;*
- c) *Estimativa orçamental discriminada do valor da obra;*
- d) *Prazo de execução ou de entrega e programa de trabalhos, incluindo plano de trabalhos, plano de mão-de-obra e plano de equipamento;*
- e) *Memória justificativa e descritiva do empreendimento e do modo de execução da obra;*
- f) *Projecto base de arquitectura e arranjos exteriores assinado por técnico habilitado;*
- g) *Propostas desenvolvidas ao nível de Estudo Prévio, assinadas por técnicos habilitados, das seguintes especialidades:*
 - *Estabilidade;*
 - *Alimentação e distribuição de energia eléctrica e infra-estruturas eléctricas;*
 - *Abastecimento de água e drenagem de águas residuais domésticas e pluviais;*
 - *Instalações telefónicas e telecomunicações;*
 - *Comportamento térmico;*
 - *Comportamento acústico;*
 - *Abastecimento de gás;*
 - *Sistemas energéticos de climatização em edifícios e potenciadores de eco-eficiência, nos termos definidos no DL n.º 79/2006, de 4 de Abril.*
- h) *Mapa descritivo da localização dos fogos tendo em conta o definido no ponto 13.2.3 do Programa de Concurso;*
- i) *Contrato promessa de aquisição, ou título comprovativo da propriedade do imóvel no qual se edificarão os fogos;*
- j) *Planta de localização, planta de ordenamento e de condicionantes do PDM, onde conste a delimitação do terreno em causa.*

B) CASO SE TRATE DE EMPREENDIMENTO EM EXECUÇÃO, OU JÁ EDIFICADO

- a) *Proposta de preço discriminando o preço unitário por tipologia e o preço total atribuído ao empreendimento;*
- b) *Nota justificativa do preço proposto;*



- c) Estimativa orçamental discriminada do valor da obra;*
 - d) Memória justificativa e descritiva do empreendimento;*
 - e) Prazo de execução ou de entrega;*
 - f) Cópia do alvará de licença/autorização de edificação ou de utilização;*
 - g) Projectos de autoria de técnico habilitado, devidamente aprovados, das seguintes especialidades;*
 - Projecto de arquitectura e arranjos exteriores;*
 - Projecto de estabilidade;*
 - Projecto de alimentação e distribuição de energia eléctrica e infra-estruturas eléctricas;*
 - Projecto de abastecimento de água e drenagem de águas residuais domésticas;*
 - Projecto de instalações telefónicas e telecomunicações;*
 - Projecto de isolamento térmico;*
 - Projecto de comportamento acústico;*
 - Projecto de abastecimento de gás;*
 - Sistemas energéticos de climatização em edifícios e potenciadores de eco-eficiência, nos termos definidos no DL n.º 79/2006, de 4 de Abril.*
 - h) Mapa descritivo da localização dos fogos tendo em conta o definido no ponto 13.2.3 do Programa de Concurso;*
 - i) Documentos comprovativos da titularidade de propriedade (certidão emitida pela competente conservatória de registo predial) dos imóveis.”*
- h) No Caderno de Encargos (II – Cláusulas Técnicas, pontos 1.2 e 1.3) repetem-se as exigências feitas nos pontos 1.3 e 1.4 do Programa de Concurso, acima transcritas, e acrescentam-se mais duas:**
- “ 1.3 (...)*
 - a) (...)*
 - b) (...)*
 - c) Não serão aceites construções com ETAR,s, estações de bombagem, nem outro tipo de maquinaria do género;*
 - d) Não serão aceites empreendimentos com elevador.”*



Tribunal de Contas

- i) No mesmo Caderno de Encargos definiram-se, ainda, as características das habitações, respectivos acabamentos e arranjos exteriores (pontos 2.1. e 2.2. das cláusulas técnicas);
- j) De acordo com o ponto 13 do Programa de Concurso, o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, considerando a ponderação dos seguintes factores e subfactores:
- a) Qualidade técnica da proposta – 30%;
 - Projecto base de arquitectura (PBA) – 20%;
 - Projecto de Estudo Prévio das restantes especialidades (PEPE) – 20%;
 - Adequação da estimativa orçamental aos projectos base (AEO) – 20%;
 - Conteúdo técnico da Memória Descritiva e Justificativa exigida (CTMD) – 20%;
 - Propostas potenciadoras de eficiência energética e fontes de energia renováveis (EE) – 20%.
 - b) Preço de venda proposto – 20%;
 - c) Localização dos fogos – 30%;
 - Proximidade ao centro do lugar (zona do “Império”) – 30%;
 - Proximidade a equipamentos de educação – 30%;
 - Distância outros empreendimentos de cariz social - 40%
 - d) Prazo de entrega dos fogos – 20%.
- k) O acto de abertura das propostas decorreu em 19 de Maio de 2008, tendo apresentado proposta o concorrente “*Somague-Ediçor, Engenharia, SA*”, que foi admitido;
- l) A proposta contemplou a *construção* de 28 fogos, pelo preço de € 2 203 838,00² e prazo de execução de 420 dias;
- m) Por deliberação de 8 de Julho de 2008, a Câmara Municipal da Praia da Vitória procedeu à adjudicação e aprovou “*a minuta do contrato para a empreitada em causa, bem como a minuta de contrato de promessa de compra e venda dos referidos 28 fogos*”;

² Assim decomposto:

- Valor da obra: € 1 887 838,00;
- Valor do terreno: € 150 000,00;
- Valor dos projectos e licenciamento: € 60 000,00;
- Juros, registo e diversos: € 106 000,00.



Tribunal de Contas

- n) Em 25 de Novembro de 2008, a Câmara Municipal deliberou adquirir os fogos, aprovar a minuta da escritura, autorizar o Presidente a outorgá-la e submeter a matéria a aprovação da Assembleia Municipal, para os efeitos previstos no artigo 53.º, n.º 2, alínea i), da Lei n.º 169/9, de 18 de Setembro, alterada e republicada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, uma vez que estava em causa a *aquisição de bens imóveis* de valor superior a 1000 vezes o índice 100 das carreiras do regime geral do sistema remuneratório da função pública;
- o) Por deliberação de 22 de Dezembro de 2008, a Assembleia Municipal da Praia da Vitória, aprovou as referidas minutas dos contratos, por unanimidade;
- p) Em 13 de Janeiro de 2009, foram celebrados, entre o Município da Praia da Vitória e a empresa “*Somague-Ediçor, Engenharia, SA*”, um Contrato de “*Aquisição 28 fogos a Custos Controlados - Serra de Santiago - Lages*” e um “*Contrato Promessa de compra e venda*” dos referidos fogos;
- q) Em 20 de Janeiro de 2009, o Município submeteu a fiscalização prévia o contrato de “*Aquisição 28 fogos a Custos Controlados - Serra de Santiago - Lages*”, o qual foi devolvido pela Secção Regional do Tribunal de Contas, para instrução complementar;
- r) Em 16 de Abril de 2009, foi celebrado um contrato de cessão de posição contratual entre o *Município da Praia da Vitória*, a empresa municipal “*Praia em Movimento, EM*”, e a empresa “*Somague-Ediçor, Engenharia, SA*”, nos termos do qual o Município da Praia da Vitória cedeu à empresa municipal a posição contratual que detinha nos contratos referidos na alínea p), com todos os seus direitos e obrigações;
- s) Em 27 de Abril de 2009, o Município da Praia da Vitória desistiu do pedido de fiscalização prévia referido em q), o que foi aceite e comunicado em 30 de Abril;
- t) Em 14 de Outubro de 2009, a empresa “*Praia em Movimento, EM*”, submeteu a fiscalização prévia o contrato-promessa de compra e venda celebrado em 13 de Janeiro de 2009³ (processo a que foi atribuído o n.º 132/2009);
- u) De acordo com esse contrato:

³ Referido na alínea p).



Tribunal de Contas

- A empresa municipal, como sucessora da posição do município, promete comprar e a “*Somague – Ediçor, Engenharia, SA*” promete vender os 28 fogos que vêm sendo referidos, por um preço definido para cada tipologia, “*o qual será actualizado à data da conclusão das habitações, nunca podendo ultrapassar os valores máximos calculados com base na Portaria em vigor à data da celebração da escritura, e demais legislação concernente, a fixar pelo IHRU – Instituto de Reabilitação Urbana*”;
 - O preço será pago na data da celebração da escritura de aquisição dos fogos;
 - A escritura deverá ser celebrada após a conclusão das obras dos edifícios, no máximo até 45 dias após a emissão da licença de utilização;
 - A *Somague-Ediçor* compromete-se a concluir as obras em 420 dias a contar da assinatura do contrato e do visto do Tribunal de Contas;
- v) Este contrato foi declarado isento de fiscalização prévia pela Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, por despacho de 23 de Outubro de 2009, por dele não resultar despesa pública;
- w) Em 27 de Outubro de 2009, a empresa “*Praia em Movimento, EM*”, submeteu a fiscalização prévia o outro contrato celebrado em 13 de Janeiro de 2009, acima referido nas alíneas p) e q), e que ora se encontra em apreciação no presente recurso;
- x) Este contrato designa-se por “*Aquisição de 28 Fogos a Custos Controlados – Serra de Santiago - Lages*” e do seu conteúdo destaca-se o seguinte:
- Nos termos da cláusula primeira, por este contrato se adjudica o fornecimento dos 28 fogos;
 - De acordo com a cláusula segunda, do número total de fogos a construir, 17 fogos são de tipologia T2, 8 fogos de tipologia T3, 2 fogos de tipologia T4 e 1 fogo de tipologia T4+1 (T5);
 - Estipula-se na cláusula terceira:
“O prazo global para a conclusão e entrega dos fogos é de 420 (quatrocentos e vinte) dias, contados a partir do visto



do Tribunal de Contas, decomposto nos seguintes prazos parciais:

a) Prazo máximo para apresentação dos projectos de: loteamento, arranjos exteriores, arquitectura, estabilidade e todas as especialidades necessárias à realização da obra para efeitos de licenciamento – 45 (quarenta e cinco) dias;

b) Prazo máximo de construção dos edifícios, incluindo obras de urbanização – 375 (trezentos e setenta e cinco) dias.”

- Conforme a cláusula quarta, o contrato de aquisição dos fogos adjudicados será formalizado através da celebração de um contrato-promessa de compra e venda e posterior escritura pública de compra e venda;
- O encargo total do contrato é de € 2.203.838,00, sendo o pagamento dos fogos efectuado integralmente na data da outorga da escritura pública de aquisição, de acordo com o valor indicado na proposta, actualizado para a data das escrituras, nos termos da legislação em vigor, que se verificará na data da emissão da autorização de utilização (cláusula quinta);
- Em tudo o omissis considera-se aplicável o disposto no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho e diplomas complementares;

y) Uma vez que o processo tinha «por meta a aquisição de imóveis (existentes ou por construir)», foi solicitada à “*Praia em Movimento, EM*” a identificação dos imóveis situados na Serra de Santiago que, possuindo as características fixadas nos pontos 1 e 2 das Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos, se encontravam disponíveis para venda, no mercado, à data limite para a apresentação das propostas ⁴;

z) Sobre a questão referida na alínea anterior, a empresa esclareceu que ⁵:

“(…) A Serra de Santiago é uma localidade da vila das Lages, mas que fica separada do centro da vila pela base das Lages, sendo necessário contornar todo o perímetro da base para que se faça a

⁴ Ofício n.º UAT-I 604/09, de 04-12-2009.

⁵ Carta n.º AAG/058/2010, de 22-01-2010.



ligação entre os dois locais, havendo assim reduzida relação e convívio entre as duas comunidades. Na serra de Santiago começaram a instalar-se pessoas vindas de fora da freguesia em busca de emprego na base das Lages, sem laços familiares com a restante população da freguesia, construindo construções “abarracadas” ou em alvenaria mas de fraca qualidade, pretendendo-se com a aquisição destes fogos a demolição e realojamento de famílias a habitar em algumas destas habitações.

(...) As famílias residentes na Serra de Santiago entretanto criaram raízes no local, não sendo fácil a sua deslocação para outras zonas do concelho, razão porque a aquisição de fogos será efectuada neste local.

As construções existentes, salvo raras excepções, são de pouca qualidade construtiva e na maioria dos casos foram construídas clandestinamente em terrenos de outros proprietários, não existindo moradias no mercado imobiliário que satisfaçam o objecto deste procedimento, razão pela qual a proposta apresentada se refere à venda de moradias a construir...”

- aa)** Questionada sobre a data de início dos trabalhos relativos à construção dos imóveis, a empresa municipal havia referido na carta n.º AAG/335/2009, de 11 de Novembro de 2009, que *“a construção dos imóveis ainda não foi iniciada, estando a empresa a quem foi adjudicada a aquisição a proceder à elaboração de projectos e ao licenciamento das obras, após ter adquirido os terrenos”*.

II.2. DA PROMOÇÃO DE HABITAÇÃO SOCIAL.

Resulta claro da factualidade acima referida que o Município da Praia da Vitória⁶ pretendeu adquirir fogos a custos controlados para proceder ao realojamento de famílias a viver em condições socialmente desvantajosas.

As autarquias detêm atribuições nesta área e desde há vários anos que têm sido estabelecidos diversos mecanismos para facilitar e apoiar o desenvolvimento

⁶ Agora substituído pela empresa municipal *Praia em Movimento, EM.*



Tribunal de Contas

de habitação social pelos municípios, pelas empresas municipais e também por outras entidades.

Refiram-se, designadamente:

- Os *programas municipais de realojamento* (Decreto-Lei n.º 226/87, de 6 de Junho, e respectivas alterações);
- O *Programa Especial de Realojamento* (PER), para erradicação de barracas (Decreto-Lei n.º 160/93, de 7 de Maio, e respectivas alterações, em especial o Decreto-Lei n.º 271/2003, de 28 de Outubro);
- O programa *PROHABITA* para a resolução de situações de grave carência habitacional e requalificação de bairros sociais degradados (Decreto-Lei n.º 135/2004, de 3 de Junho, e respectivas alterações).

Estes programas têm assegurado apoio financeiro às entidades que promovem habitação social, através do respectivo financiamento, sendo os municípios e as empresas municipais destinatários e utilizadores privilegiados destas medidas, hoje coordenadas pelo *IHRU – Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana*⁷.

Nestes diplomas, e nos muitos que os alteraram, têm vindo a ser progressivamente diversificadas as modalidades e finalidades elegíveis para o referido financiamento.

Inicialmente, previa-se que a promoção de habitação social se realizasse essencialmente através da *construção* de habitações promovida pelas entidades, *maxime* municípios.

No entanto, tem vindo a ser aceite que o façam também, de forma financiável, através, designadamente, da *aquisição* de habitações ou da reabilitação de edifícios degradados.

Enquanto o Decreto-Lei n.º 226/87 previa que os municípios *construíssem* os fogos necessários, os Decretos-Lei n.ºs 163/93 e 197/95 vieram permitir que eles procedessem também à *aquisição* de habitações existentes no mercado, desde que os preços de aquisição se enquadrassem dentro de determinados valores.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 159/2003, de 18 de Julho, reconheceu-se que os municípios, no âmbito daqueles programas, vinham recorrendo preferencialmente à *aquisição* de fogos de habitação de custos controlados⁸, o

⁷ Cfr. alínea u) do ponto II.1.

⁸ Tendência que se mantém.



Tribunal de Contas

que gerava problemas na aplicação dos programas, uma vez que não era clara a possibilidade de *aquisição directa* desses fogos. Face a essa situação, esse diploma permitiu que, excepcionalmente, nas situações pendentes à data, os municípios pudessem adquirir, *por ajuste directo*, fogos e equipamento complementar, *já construídos ou em construção*, em empreendimentos de habitação de custos controlados.

As alterações introduzidas ao artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 163/93 pelo Decreto-Lei n.º 271/2003, de 28 de Outubro, vieram consagrar que, a par de poderem ser apoiados os custos de *construção* de empreendimentos promovidos pelos municípios em regime de habitação de custos controlados, poderiam também sê-lo os preços de *aquisição* de fogos ou empreendimentos habitacionais de custos controlados, *construídos ou em construção*.

E em 2004, o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 135/2004, veio referir expressamente que o financiamento poderia abranger tanto a *construção* de fogos ou empreendimentos habitacionais como a *aquisição* de fogos ou empreendimentos, *construídos ou a construir*.

Em todos os casos os fogos a adquirir ficam sujeitos a tipologias e preços máximos, que são os fixados para a habitação a custos controlados⁹.

No âmbito dos vários regimes aplicáveis, a 1.ª Secção do Tribunal de Contas foi chamada a pronunciar-se sobre inúmeros contratos que envolviam a *aquisição* de fogos ou empreendimentos de habitação social, promovida por municípios.

No âmbito da fiscalização desses contratos, e atendendo aos diplomas acima referidos, o Tribunal apreciou e considerou possível que, em alternativa ao lançamento de empreitadas, as autarquias procedessem à *aquisição de fogos* de habitação social *a construir*¹⁰.

O título jurídico mais comumente utilizado para o efeito foi o contrato promessa de compra e venda de bens futuros, embora também tenham sido apreciados contratos mais complexos, em que essa promessa aparecia conjugada com permutas ou cedências de direitos.

A prática jurisprudencial orientou-se, pois, no sentido de admitir várias alternativas de negócio, mas desde que seja realizada concorrência e a todos os

⁹ Cfr. Portaria n.º 683/2008.

¹⁰ Cfr., a título de exemplo, as Decisões n.ºs 368/06-Jun.29-1.ªS/SDV, 977/06-Dez.20-1.ªS/SDV, 667/07-Jul.26-1.ªS/SDV, 963/07-Nov.28-1.ªS/SDV, 1022/2007-Dez.13-1.ªS/SDV e 1278/09, concedendo o visto a contratos promessa ou minutas de escritura de compra e venda de fogos a construir.



interessados em contratar sejam asseguradas a mesma informação e as mesmas oportunidades de candidatura.

II.3. DO PROCEDIMENTO EXIGÍVEL PARA A AQUISIÇÃO DE FOGOS A CONSTRUIR

A jurisprudência desta Secção do Tribunal de Contas foi, efectivamente, constante no sentido de que essa aquisição era possível, mas tinha de ser precedida da realização de um procedimento concursal, salvos os casos abrangidos pelo regime excepcional constante do já referido Decreto-Lei n.º 159/03, que permitiu a realização de ajustes directos em situações bem delimitadas.

Sendo certo que a conformação formal dos contratos era a de *aquisição de bens imóveis*, que, em si, não está sujeita às regras de contratação pública¹¹, o Tribunal de Contas entendeu sempre que a não sujeição a essas regras se restringia apenas às situações em que os fogos já estivessem disponíveis no mercado.

Para esse efeito, tem vindo o Tribunal a distinguir as situações em que se recorre ao mercado para adquirir imóveis já construídos e prontos a habitar e os casos em que se procede à escolha de um promotor ou empreiteiro a quem se encomenda a construção de um imóvel.

Nesses casos, os imóveis vão ser construídos a pedido da entidade pública, para responder a necessidades públicas, existindo um compromisso de os adquirir, uma vez concluída a construção.

Tem este Tribunal considerado que, nessas situações, ainda que formalmente se esteja perante contratos de aquisição de bens imóveis futuros, e mesmo quando o terreno onde vem a implantar-se a construção é, ou vem a ser, propriedade do construtor, existe substancialmente uma encomenda de obra pública, que não pode ser subtraída ao respectivo regime procedimental.

Na verdade, e independentemente da atipicidade ou complexidade dos contratos estabelecidos, o que este Tribunal tem relevado têm sido os fins que se pretendem atingir, os quais, no caso, integram a construção de imóveis para satisfação de necessidades públicas, no domínio habitacional, ou seja, a realização de uma empreitada de obra pública, que só é admissível se for

¹¹ O mesmo resulta hoje, expressamente, do artigo 4.º, n.º 2, alínea c), do Código dos Contratos Públicos.



respeitado o regime procedimental que caberia se fosse essa a modalidade adoptada.

Este entendimento visa impedir que, por expedientes formais, se subtraíam a esse regime procedimental situações que integram a encomenda de obras públicas, o que implicaria a inobservância dos princípios constitucionais e legais da igualdade, transparência e concorrência no acesso aos mercados públicos, consagrados tanto a nível nacional como comunitário.

Nesta matéria vejam-se, designadamente, os Acórdãos da 1.^a Secção n.ºs 79/01, 200/01, 31/02, 87/02, 88/02, 98/02, 100/02, 102/02, 103/02, 104/02, 6/03, 7/03, 12/03, 20/03, 22/03, 28/03, 29/03, 30/03, 31/03, 32/03, 42/03, 50/03, 79/03, 23/04, e em Plenário, n.ºs 50/01, 2/02, 17/02, 26/02, 28/02, 5/03, 7/03, 10/03, 16/03, 17/03, 18/03, 20/03, 21/03, 25/03, 31/03, 37/03, 39/03, 49/03 e 21/04.

Nesses arestos, o Tribunal invocou também o regime constante das Directivas Comunitárias de Contratação Pública.

Nesse âmbito, referiu-se em vários dos Acórdãos, e, nomeadamente, no Acórdão n.º 31/03-8.JUL.03-1.^aS/PL:

“Como tem vindo a ser referido em variadas decisões deste Tribunal, este procedimento, seja qual for a forma aparente pelo qual se revela, consubstancia uma empreitada de obra pública quer à face do disposto na alínea a) do artigo 1.º da Directiva n.º 93/37/CEE, quer à face do disposto no n.º 3 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, sendo certo que este diploma visou adequar a transposição daquela directiva para o direito nacional¹².

Naquele preceito de direito comunitário definem-se os contratos de empreitada de obras públicas como os que, a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, por outro, tenham por objecto (entre outros) “a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante”. (...)

Diz, a propósito, o “Guia das regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras” (ed. Comissão Europeia, Luxemburgo, 1997, pág. 12) que um caso de realização de obra pode ser,

¹² Refira-se que o disposto no artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Directiva n.º 2004/18/CE, que, entretanto, substituiu a Directiva referida no texto transcrito, em nada altera o sentido do entendimento explanado.



por exemplo, aquele em que a obra é financiada e realizada pelo empreiteiro, que será depois reembolsado pelo comprador”.

E, com maior nitidez, aí se pode ler o seguinte:

“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” (pág. 13 do referido “Guia”).

*Tanto basta para se poder concluir pela submissão ao **essencial** do regime das empreitadas públicas.”*

II.4. DO CONTRATO EM CAUSA

A decisão recorrida afirmou que o contrato submetido a fiscalização prévia reúne os elementos essenciais típicos do contrato de empreitada de obras públicas, sendo irrelevante a circunstância de os trabalhos incidirem sobre bens imóveis que não são do domínio público ou privado do dono da obra. Estaria, por isso, sujeito ao regime do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, vigente à data da abertura do procedimento.

Embora ela própria se tenha pontualmente referido a uma empreitada, como se aponta na alínea m) do probatório, a entidade adjudicante formalizou o concurso, as autorizações e o contrato como uma aquisição de imóveis.

Nesse mesmo sentido, a recorrente vem alegar que, apesar de os sujeitos do contrato serem os mesmos que figuram num contrato de empreitada de obras públicas, o objecto do contrato que foi celebrado entre eles não é o de uma empreitada¹³.

Na sua opinião, o objecto do contrato não é a concepção e construção dos fogos, mas sim o fornecimento dos fogos já concluídos e com licenças de utilização emitidas.

¹³ Vide pontos VI a XIV, XVII e XVIII das conclusões da petição de recurso, transcritos acima no n.º I.3.



Tribunal de Contas

Para marcar essa distinção, a recorrente chama a atenção para as circunstâncias de:

- O terreno não estar na titularidade da entidade pública;
- Os pagamentos não serem feitos por medição ou em prestações fixas ou variáveis, como é próprio das empreitadas, mas antes integralmente na data da outorga da escritura de aquisição;
- Não estar previsto nenhum poder de direcção, controlo, acompanhamento ou fiscalização da obra por parte da empresa municipal, estando a edificação exclusivamente a cargo da *Somague - Ediçor*;

Já concluimos atrás que a própria lei admite que a promoção de habitação social se faça através da construção dessa habitação ou, em alternativa a essa modalidade ou a outras, através da *aquisição* dos fogos ou empreendimentos *por construir*.

Parece-nos, pois, que a entidade pública não está vinculada a adoptar um contrato típico de empreitada quando pretenda adquirir fogos *a construir* para habitação social.

De resto, a contratação pública tem vindo a acolher uma cada vez maior diversidade, atipicidade e complexidade dos modelos contratuais utilizados, que, frequentemente, encerram vantagens para a entidade pública, nomeadamente ao nível financeiro. Tome-se o caso das parcerias público-privadas em que os municípios têm participado e que, incorporando frequentemente a construção de equipamentos públicos, permitem montar uma estrutura de financiamento e retribuição completamente diversa da da construção através da empreitada tradicional.

A conformação formal de negócios desta natureza tem sido admitida, mesmo antes de regulada na lei, não obstante incorporar encomendas de obras, desde que seja cumprido o procedimento concorrencial de escolha do parceiro privado que seria exigível se de empreitada típica se tratasse.

Consideramos, pois, que a promessa da aquisição de fogos futuros, a construir a expensas e à responsabilidade exclusiva do promotor privado, é uma forma admissível, podendo até representar vantagens para a parte pública. Pode, por exemplo, ser mais adequada à sua gestão ou capacidade financeira e permite transferir para o privado alguns dos riscos associados às empreitadas, como é o caso da necessidade de eventuais trabalhos a mais.



Sendo esse o caso, não faz sentido convocar a excepcionalidade do recurso à modalidade de concepção/construção ou a ausência de consignação, como consta da decisão recorrida.

Não sendo a construção feita à responsabilidade do município ou da empresa municipal, não lhe cabe desenvolver o projecto nem facultar um terreno ao empreiteiro.

Alega a recorrente que os elementos solicitados relativamente aos projectos visavam apenas esclarecer e aferir das características dos fogos que seriam apresentados a concurso, de modo a poder verificar da sua conformidade com as pretensões de alojamento que a Câmara tinha. Refere que “*sem conhecer tais elementos, seria mais difícil a análise de adequabilidade dos fogos ao fim a que se irão destinar*”.

Afigura-se-nos que, nesta parte, tem razão a recorrente, sendo prudente e desejável que, num cenário destes, em que os fogos ainda não estão construídos e em que a entidade pública não elabora nem fiscaliza a execução do projecto, a mesma encontre formas de aferir *atempadamente* da adequabilidade dos fogos ao pretendido.

Tanto mais que em empreendimentos habitacionais de custos controlados os fogos ficam sujeitos a tipologias e preços máximos.

Como razoável parece que se exija a prova da titularidade do terreno ou da existência de um contrato-promessa, que não só se enquadra no risco normal de quem se candidata a concursos públicos, como se alega, mas é mesmo uma exigência imprescindível, para assegurar a seriedade e viabilidade das propostas.

Parece-nos também adequado que em situações destas, em que os fogos ainda não estão construídos, se fixe um prazo máximo para a sua construção, como foi feito, e que se estabeleçam cláusulas penais para o seu incumprimento. Nas cláusulas oitava e nona do contrato em apreciação foram estabelecidas penalidades para o incumprimento dos prazos, fixando-se mesmo que o atraso por período superior a 30 dias úteis na entrega dos bens constitui incumprimento definitivo, que dá direito à rescisão do contrato, o que se afigura ajustado a garantir a adequação ao interesse público subjacente.

II.5. DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL EM CAUSA

O que se referiu no ponto II.3 aponta, no entanto, para que, não obstante o contrato não ser formalmente um contrato de empreitada, dever mostrar-se



Tribunal de Contas

cumprido o *essencial* do respectivo regime procedimental, uma vez que integra uma solução equivalente.

Como se tem afirmado na jurisprudência deste Tribunal¹⁴, *a construção de fogos para habitação social por encomenda e de acordo com as especificações da entidade adjudicante, que, desde logo assume o compromisso de os adquirir no futuro, logo que estejam concluídos, impõe a aplicação do regime pré-contratual do contrato de empreitada de obras públicas.*

O valor do contrato (€ 2.203.838,00) e o disposto no n.º 2 do artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, impunham a realização de um concurso público ou de um concurso limitado com publicação de anúncio para escolha do co-contratante.

Essa exigência deveria, pois, ser cumprida.

Como resulta das alíneas a) e b) do probatório, o contrato foi precedido de um concurso público, publicitado nos termos da lei.

Importa que esse concurso tenha propiciado verdadeiras condições de igualdade, transparência e concorrência aos interessados em contratar, também de modo a permitir a melhor escolha para a entidade pública.

A este respeito, referiu a decisão recorrida que o anúncio de concurso apenas divulgou a oferta de compra de 28 fogos num empreendimento constituído por moradias, localizado na Serra de Santiago. *“Daí que um potencial interessado que confiasse nas informações constantes do anúncio não se apresentaria a concurso se não dispusesse, na Serra de Santiago, de 28 fogos para vender (mesmo que pudesse estar interessado em projectá-los e construí-los).”*

Efectivamente, como resulta das alíneas c), f) e g) da matéria de facto, embora o Programa de Concurso, no seu ponto 11, referisse claramente a possibilidade de serem apresentadas a concurso propostas relativas a empreendimentos já edificados, em execução ou a edificar, tal possibilidade não era, de todo, referida nos anúncios publicados no *Diário da República* e nos jornais.

A essa clarificação só teriam acesso os interessados que levantassem o Programa de Concurso, sendo que os termos do anúncio podiam conduzir um normal destinatário do mesmo a nem sequer o fazer se não dispusesse de fogos com as características pretendidas.

¹⁴ Cfr., designadamente, os Acórdãos já acima referidos.



Tribunal de Contas

Atenta a pequena dimensão da localidade em causa, os agentes económicos locais poderiam até ter um conhecimento adequado da situação e saber que os fogos não existiam e tinham de ser construídos.

No entanto, um concurso público destina-se aos agentes de um espaço económico alargado. Esses agentes poderiam ter-se candidatado a construir os fogos se tivessem compreendido, pelo anúncio, que isso era uma possibilidade. Só que, em face dos insuficientes termos do anúncio, isso pode, com um razoável grau de probabilidade, não ter sucedido.

Bem andou, pois, a decisão recorrida ao considerar que o objecto do concurso não foi devidamente publicitado.

Daí resultou que não foram asseguradas condições de verdadeira concorrência, o que é confirmado pelo facto de só um concorrente ter apresentado proposta.

Ora, como se afirmou no Acórdão nº 79/2003, de 8 de Julho de 2003, da 1ª Secção deste Tribunal, proferido em Subsecção,¹⁵ sem estarem criadas condições de verdadeira concorrência, e sem haver a possibilidade de conhecer alternativas, não pode, em rigor, dizer-se que está realizada a “legitimação da escolha” nem que está feita a melhor opção.

A decisão de 1.ª instância considerou também que a exigência, feita no Programa de Concurso, de que os concorrentes fossem proprietários ou promitentes-compradores de terreno situado na localidade em causa, onde seriam edificados os fogos, foi fortemente limitadora da concorrência.

Assim aconteceria, de facto, se a exigência fosse a de que os concorrentes devessem ser proprietários de um terreno específico.

Mas não foi essa a exigência. Permitia-se também que os concorrentes fossem promitentes-compradores de um qualquer terreno adequado situado na localidade.

Como refere a recorrente nas suas alegações de recurso, a fls. 10, *“nesta situação poderiam estar pessoas que já tivessem os terrenos em seu nome, como entidades, como foi o caso, que celebraram o contrato-promessa de compra e venda já no decorrer do prazo para a apresentação das propostas. Efectivamente, o anúncio de concurso foi publicado no dia 1 de Abril de 2008, e a Somague-Ediçor celebrou o contrato-promessa de compra e venda em 9 de Maio.”*

¹⁵ Proferido no Processo nº 1121/03 e mantido pelo Acórdão nº 49/03, de 25 de Novembro de 2003, proferido no Recurso Ordinário nº 32/03.



O requisito formulado teve, pois, o grau de exigência necessária para garantir a seriedade das propostas (não poderiam admitir-se propostas de empreendimentos sem que a disponibilidade de terrenos estivesse assegurada) e o grau de amplitude suficiente para permitir aos interessados colocar-se na situação requerida (procurarem terrenos adequados e celebrar o necessário contrato-promessa, eventualmente sob condição resolutiva).

Não se vislumbra que o requisito pudesse ser formulado de forma mais ampla. Entende-se, pois, como não limitador da possível concorrência.

II.6. CONCLUSÃO

Em face do exposto, considera-se que, ainda que formalmente possível, o contrato em apreciação foi precedido de um concurso público cujo objecto não foi adequadamente publicitado.

A falta de adequada publicitação, enquanto elemento essencial do concurso, nos termos dos artigos 80.º e 52.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99, e do artigo 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, originou, no caso, a irrelevância do concurso realizado e, conseqüentemente, a falta do procedimento concursal exigível.

II.7. DA RELEVÂNCIA DA ILEGALIDADE VERIFICADA

Como vimos, o concurso era obrigatório por força do artigo 48.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99.

Este Tribunal tem entendido que o concurso público, quando obrigatório, é um elemento essencial do procedimento de adjudicação, pelo que a sua falta, ou irrelevância, origina a nulidade do acto procedimental em que assentou a celebração do contrato, nos termos do disposto no artigo 133º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo.

Esta nulidade conduz à nulidade do contrato celebrado, como resulta do disposto no artigo 185.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, aplicável à data, e também hoje do artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos¹⁶.

¹⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março de 2008, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, e pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.



Tribunal de Contas

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

A concorrência nos procedimentos de formação dos contratos públicos visa ainda aumentar a qualidade das propostas e baixar os respectivos custos, protegendo o interesse financeiro em dispor de condições para a obtenção da melhor proposta. A ilegalidade resultante de não terem sido asseguradas condições de verdadeira concorrência é, assim, também, susceptível de conduzir à alteração do resultado financeiro do procedimento adoptado e do subsequente contrato, o que igualmente constitui fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo 44.º.

III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida e mantendo a recusa do visto ao contrato em questão.

São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 8 de Junho de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)



Tribunal de Contas

(João Figueiredo)

(António Santos Soares)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)



Recurso Ordinário nº 7/2010
Proc. nº 136/09 – SRATC

Declaração de voto

Subscrevo o presente Acórdão, relativamente à decisão de improcedência do recurso e de confirmação da decisão de recusa de visto, mas divirjo da sua fundamentação pelas razões que, sumariamente, a seguir se indicam:

1. Conforme extensa e uniforme jurisprudência deste Tribunal, ¹⁷ há que observar que os contratos devem ser analisados e qualificados, não apenas com base na sua configuração formal, mas também em função das circunstâncias em que se enquadram e dos objectivos que visam alcançar.

Assim, tem vindo este Tribunal a distinguir as situações em que se recorre ao mercado para adquirir imóveis já construídos e prontos a habitar e os casos em que se procede à escolha de um empreiteiro e se incumbe este de construir um imóvel.

Ora, de uma forma constante, vem sendo decidido que a aquisição de imóveis que ainda não existem no mercado, e que, ao invés, vão ser construídos, para responder a necessidades previamente contratualizadas, através de um compromisso - assumido pelos municípios - de os adquirir, uma vez concluída a respectiva construção, deve ser subsumida ao regime das empreitadas de obras públicas.

O mesmo entendimento foi adoptado, aliás, por este Tribunal nos casos em que o terreno onde vem a implantar-se a construção é, ou vem a ser, propriedade do construtor.

¹⁷ Vide, v. g., os Acórdãos da 1ª Secção, em Subsecção, nºs 79/01; 200/01; 88/02, de 8 de Novembro de 2002; 100/02, de 17 de Dezembro de 2002; 20/03, de 18 de Fevereiro de 2003; 50/03, de 15 de Abril de 2003; 23/04, de 26 de Fevereiro de 2004 e 111/09 de 12 de Maio de 2009, e, em Plenário, nºs 50/01; 26/02, de 18 de Junho de 2002; 28/02, de 9 de Julho de 2002; 18/03, de 3 de Junho de 2003; 39/03, de 15 de Julho de 2003; 49/03, de 25 de Novembro de 2003 e 21/04, de 21 de Dezembro de 2004.



Tribunal de Contas

Na verdade, e independentemente da atipicidade, ou complexidade, dos contratos estabelecidos, o que este Tribunal tem relevado têm sido os fins que se pretendiam atingir, os quais, na situação em apreço, consistiam na construção de imóveis para satisfação de necessidades públicas, no domínio habitacional.

2. Como entendeu a Decisão recorrida, no caso *sub judice*, estamos perante um contrato que contém os elementos essenciais que são típicos de um contrato de empreitada de obras públicas:

- foi celebrado entre uma entidade pública compreendida no elenco do nº1, do artigo 3º, do DL nº 59/99 de 2 de Março e um empreiteiro de obras públicas;
- tem por objecto a realização de obras incluídas no nº1, do artigo 1º do mesmo diploma legal;
- foi celebrado mediante o pagamento de um preço (cujo modo e prazo de satisfação foram regulados no intitulado contrato-promessa de compra e venda), de acordo com o artigo 2º, nº3, ainda do DL nº 59/99 de 2 de Março.

Por outro lado, como tem sido jurisprudência deste Tribunal,¹⁸ e é, também, salientado neste acórdão, *a construção de fogos para habitação social por encomenda e de acordo com as especificações da entidade adjudicante, que, desde logo assume o compromisso de os adquirir no futuro, logo que estejam concluídos, impõe a aplicação do regime pré-contratual do contrato de empreitada de obras públicas.*

No presente caso, uma vez que inexistiam no mercado imóveis edificadas, com as características/tipologias pretendidas, o procedimento pré-contratual a utilizar para a satisfação das necessidades sentidas, não devia ter sido um *concurso público para a “aquisição de 28 fogos a custos controlados”*, mas, diversamente, um procedimento concursal com vista à efectivação de uma empreitada de obra pública.

Além disto, tendo em conta o valor do contrato (2.203.838,00 €), e o disposto no artigo 48º, nº2, al. a), do DL nº 59/99 de 2 de Março, devia ter havido lugar à realização de um concurso público ou de um concurso limitado

¹⁸ Vide, v. g. os Acórdãos nºs 5/03, de 28 de Janeiro de 2003, in R.O. nº 28/02; 7/03, de 18 de Fevereiro de 2003, in R.O. nº4/03; 10/03, de 11 de Março de 2003, in R.O. nº1/03; 16/03, de 29 de Abril de 2003, in R.O. nº 3/03; 79/03 de 8 de Julho de 2003 (mantido pelo Acórdão nº 49/03 de 25-11-2003, in RO nº32/03) e 31/09, de 14 de Julho de 2009, in R.O. nº11/09



Tribunal de Contas

com publicação de anúncio, com a publicitação prevista nos artigos 80º e 52º do mesmo diploma legal e no artigo 8º, nº2, do DL nº 197/99 de 8 de Junho, o que não sucedeu.

Assim, embora tenha vindo a culminar com a celebração de um verdadeiro contrato de empreitada de obra pública, o certo é que o procedimento pré-contratual que o antecedeu - *concurso público para a aquisição de fogos* - não se adequou ao rigoroso cumprimento das formalidades correspondentes a um procedimento tendente a uma empreitada de obra pública.

3. Por outra banda, devendo haver lugar a um procedimento conducente à realização de uma empreitada de obra pública, duas observações importa, ainda, fazer:

- Uma, consiste em referir que o modelo de concepção-construção só poderia ser legalmente adoptado se se tratasse de obra cuja complexidade técnica, ou especialização, o justificasse, de harmonia com o disposto no artigo 11º, do DL nº 59/99 de 2 de Março, o que não era o caso;
- Outra, a de que a exigência feita, aos concorrentes, de que fossem proprietários ou promitentes-compradores do terreno onde seriam edificados os imóveis, é violadora do disposto no artigo 150º do citado diploma legal.

4. Nesta conformidade, e como se referiu na Decisão recorrida, a omissão de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio, quando legalmente exigíveis, como era o caso, acarreta a nulidade da adjudicação, 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 (este último vigente à data em que ocorreu a ilegalidade), e que é fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44º, nº3, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

5. Estes são, pois, e em síntese, os fundamentos pelos quais entendo que devia ser confirmada a Decisão recorrida.



Tribunal de Contas

O Juiz Conselheiro

(António M. Santos Soares)