



ACORDÃO Nº 9 /2006 – 9 Jan. 1ªS/SS

Processo nº 2 452/2005

1. O **Município de Barcelos** remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada de “Requalificação da EM 542 em Galegos (Santa Maria)”, celebrado em 16 de Setembro de 2005, com a **Sociedade Martins & Filhos, S.A.**, pelo valor de 336.858,44 €, acrescido de IVA.
2. Para além dos factos referidos em 1. relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:
 - A) O contrato em apreço foi precedido de concurso público cujo aviso de abertura foi publicado no *Diário da República*, III Série, de 23 de Março de 2005, e no jornal de âmbito nacional “Público” em 18 de Março de 2005 e num de âmbito regional, “Notícias de Barcelos” em 17 de Março de 2005.
 - B) No ponto 6.2 a1) do programa de concurso exigiu-se que os concorrentes possuíssem alvará de empreiteiro geral de obras de urbanização – 2ª categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta;



C) Questionada a entidade adjudicante sobre a razão por que exigiu a classificação como empreiteiro geral de obras de urbanização quando o artigo 31º nº 1, do Decreto – Lei nº 12/2004, de 9 de Janeiro, apenas exige uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, pela mesma foi dito o seguinte: “(...)Os trabalhos que integram o objecto da empreitada são de índole bastante variada, sendo composto por trabalhos de terraplanagens, demolições e levantamentos de pavimentos, pavimentações com misturas betuminosas e com calçadas de granito, colocação de lancis, execução de redes de abastecimento de água e ligações de saneamento, sinalização, obras acessórias, infraestruturas de equipamento eléctrico e mobiliário urbano, configurando por isso no seu todo e na nossa opinião, uma típica obra de urbanização, já que os trabalhos incluem, de forma bastante substancial, os correspondentes às subcategorias determinantes para a classificação de empreiteiro geral de obras de urbanização.

(...) Preconizou-se, por isso, na clausula nº 6.2, alínea a) do programa de concurso a exigência da habilitação como empreiteiro geral de obras de urbanização, no valor correspondente ao valor global da proposta, atendendo ao entendimento que parece extrair-se do preceituado no nº 2, do Decreto-Lei nº 12/2004, de 9 de Janeiro, entendendo-se neste caso esta categoria (obras de urbanização) como a mais adequada ao tipo de obra em causa;

(...) Tal procedimento, segue de perto o texto da Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro de 2001, com as redacções que lhe foram introduzidas pelas Portaria 3/2002, de 4 de Janeiro, Portaria nº 1465/2002, de 14 de Novembro e Portaria nº 1075/2005, de 19 de Outubro, que aprova os programas de concurso tipo, para serem



adoptados nas empreitadas de obras públicas, nomeadamente o disposto na sua Secção 1, cláusula 6.2, tendo, no caso em apreço, sido adoptada a exigência prevista na alínea a1), dado que a obra envolve de forma principal a execução de trabalhos enquadráveis nas subcategorias determinantes para a classificação como empreiteiro geral de obras de urbanização:

(...) Refere-se ainda que a exigência da habilitação como empreiteiro geral poderá até configurar-se como mais favorável aos concorrentes, quando comparada com a exigência de apenas uma subcategoria principal que cubra o valor global e várias outras que cubram o valor dos trabalhos especializados, se atendermos à forma como pode ser atribuída a categoria de empreiteiro geral, isto é pode ser atribuída, até no limite duas classes acima da classe mais elevada detida nas subcategorias determinantes, cf a), n.º2 do art.º 12.º, do Decreto-Lei n.º12/2004, de 9 de Janeiro;

(...) Finalmente, refere-se que tem sido este o procedimento habitual, neste Departamento, no estabelecimento de exigências relativas a alvarás de empreiteiro de obras públicas, sempre que aplicável o princípio referido no ponto 3., sendo o caso de por exemplo as empreitadas de “Recuperação do Teatro Gil Vicente” (proc 2809/04), “Arranjo Urbanístico do Bairro da Misericórdia — 2 fase” (proc 2350/05), processos merecedores de aprovação pelo Tribunal de Contas.

(...).



3. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO

3.1. Não estando em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alínea b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, a questão que se coloca é a de saber se se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) e c) do referido preceito e, no caso de se verificar o fundamento previsto na alínea c), se é caso de se “conceder visto e fazer recomendações (...) no sentido de suprir no futuro tais ilegalidades”.

3.1.1 Da violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro (alíneas B) e C) do probatório)

Dispõe o art.º 31.º do referido diploma, sob a epígrafe “Exigibilidade e verificação das habilitações”, que:

“1- Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.

2- A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.”

Da interpretação do referido preceito podemos concluir o seguinte:

- Só o n.º 1 do art.º 31 estatui o que deve ser exigido, por parte do dono



Tribunal de Contas

- da obra, no que se reporta às habilitações do empreiteiro ou construtor;
- Daí que o dono da obra, nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, só deva exigir o que consta do n.º 1 do art.º 31.º;
 - Pretendeu-se com esta singela exigência alargar o universo concorrencial;
 - Se, no entanto, ao concurso concorrer um empreiteiro geral ou construtor geral com habilitação adequada ao valor da obra e em classe que cubra o seu valor global é dispensada a exigência referida no n.º 1 do art.º 31.º – vide n.º 2 do art.º 31.º;
 - Quer isto dizer o seguinte: **(i)** se o dono da obra apenas exigir o que consta do n.º 1 do art.º 31.º não está a violar qualquer dispositivo legal, estando antes a cumprir o que se encontra previsto e estatuído na lei; **(ii)** se apenas exigir o que consta do n.º 2 do art.º 31.º está a violar o disposto no n.º 1 do art.º 31.º; **(iii)** se exigir o que consta do n.º 1 do art.º 31.º ou, em alternativa, o que consta do n.º 2 do art.º 31.º não está a violar qualquer dispositivo legal, muito embora esta formulação não seja a legalmente correcta; **(iii)** se exigir cumulativamente o que consta dos n.ºs 1 e 2 do art.º 31.º está a violar o n.º do art.º 31.º.

No ponto 6.2 a1) do programa de concurso exigiu-se que os concorrentes possuíssem alvará de empreiteiro geral de obras de urbanização - 2ª categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta;

Esta actuação, na medida em que impediu que os empreiteiros habilitados com uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra pudessem apresentar, nos termos do



regulamento do concurso, as suas candidaturas, violou o disposto na supra identificada disposição legal.

3.1.2 Das consequências decorrentes da violação do citado normativo no acto de adjudicação e consequente contrato

A ilegalidade constatada não é geradora de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º, da Lei 98/97), **porquanto:**

- O vício supra identificado não está previsto no n.º 2 do art.º 133.º do CPA;
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1 do art.º 133.º do CPA);
- O acto de adjudicação da empreitada contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se “elementos essenciais” todos os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação (vide artº 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA)¹

Não sendo tal ilegalidade geradora de nulidade, **só pode a mesma ser geradora de anulabilidade** (vide art.º 135.º do CPA).

Afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art.º 44 da Lei 98/97, e tendo nós dado por assente que a violação

¹ Vide, entre outros, o Ac. do Tribunal de Contas n.º 30/05-15NOV-1.ª S/PL , bem como a doutrina e jurisprudência aí referidas.



Tribunal de Contas

de lei ocorrida é geradora de anulabilidade, importa, agora, analisar se a situação em análise é enquadrável no disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo normativo.

Afigura-se-nos que a resposta só pode ser positiva.

Muito embora não resulte dos autos que da violação daquele preceito tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, não temos dúvidas em afirmar que **aquele vício é susceptível de restringir o universo concorrencial** e, conseqüentemente, susceptível de alterar aquele resultado.

Anote-se, a propósito, que, para efeitos da aplicação da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, quando aí se diz “*ilegalidade que... possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que **basta o simples perigo ou risco** de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

Porém, não estando adquirida a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro e não constando dos autos que a entidade adjudicante tivesse sido objecto de qualquer recomendação anterior relativa ao normativo em causa, afigura-se-nos oportuno fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto.



4. DECISÃO

Termos em que se decide:

- a) Visar o contrato em apreço;
- b) Recomendar à entidade adjudicante o rigoroso cumprimento, em empreitadas futuras, do que legalmente se encontra estatuído no n.º 1 do artigo 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro.

São devidos emolumentos (n.º 1, alínea b) do art.º 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 9 de Janeiro de 2006.

OS JUIZES CONSELHEIROS

Helena Maria Ferreira Lopes

Lídio de Magalhães

Ribeiro Gonçalves

O Procurador-Geral Adjunto