



ACÓRDÃO N.º 123/2009 - 26.Mai.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 541/09)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Concurso Limitado por Prévia Qualificação / Concurso Público / Elemento Essencial / Empreitada de Obras Públicas / Nulidade / Recusa de Visto / Restrição de Concorrência

SUMÁRIO:

1. Deve entender-se que é executada por “conta” de um Município uma obra executada no seu interesse e benefício, sobre um bem cuja administração lhe cabe, por ordem sua e, maioritariamente, a suas expensas. Tal conclusão não é alterada pela circunstância de os custos e a direcção da obra serem partilhadas com uma sociedade privada, tanto mais que, no caso, a comparticipação desta sociedade é minoritária.
2. Respeitando a obra à recuperação e ampliação de um bem imóvel, e sendo executada por conta de um contraente público, a mesma é, nos termos do art.º 343.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, uma obra pública.
3. Por força do disposto no art.º 19.º, al. b) do Código dos Contratos Públicos, o valor da despesa, respeitante ao contrato de empreitada de obra pública em apreço, implica a realização de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.
4. A realização de concurso público ou limitado por prévia qualificação, quando obrigatório, é um elemento essencial do procedimento de adjudicação, pelo que a sua falta origina a nulidade do acto procedimental, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do



Tribunal de Contas

Procedimento Administrativo, o que constitui fundamento de recusa de visto, como estabelece a al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

5. A ilegalidade resultante de não ter sido assegurada a devida concorrência, com a realização de concurso público ou limitado por prévia qualificação é, também, susceptível de conduzir à alteração do resultado financeiro do procedimento adoptado e do subsequente contrato, o que constitui fundamento de recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



**Transitou em julgado em
16/06/09**

ACÓRDÃO Nº123 /09- 26.MAI-1.ª S/SS

Proc. Nº 541/2009

1. O Município de Vila Franca de Xira remeteu para fiscalização prévia um contrato de empreitada celebrado, em 26 de Fevereiro de 2009, entre o Município e as sociedades *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.* e *Costa e Carvalho, S.A.*

2. DOS FACTOS

Para a decisão relevam os seguintes factos, evidenciados por informações e documentos constantes do processo:

- a) Em 2 de Agosto de 2006, a Câmara Municipal de Vila Franca de Xira aprovou, na sequência de um pedido de viabilidade apresentado pela sociedade *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.*, um estudo prévio de loteamento de uma intervenção urbanística numa propriedade da referida sociedade, situada em Alverca do Ribatejo¹;
- b) A referida aprovação foi associada à execução e cedência ao Município de “*vários espaços e obras públicas*”, incluindo a recuperação e ampliação da Escola EB1 n.º 2 de Alverca do Ribatejo², junta aos terrenos objecto de loteamento;
- c) Em reuniões de 23 de Dezembro de 2008 e de 21 de Janeiro de 2009, a Câmara Municipal de Vila Franca de Xira aprovou, por maioria, a celebração e as cláusulas de um protocolo a celebrar com a sociedade *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.*, com vista à concretização

¹ Cfr. fls. 32 dos autos.

² Idem.



da acordada recuperação e ampliação da Escola EB1 n.º 2 de Alverca do Ribatejo³;

- d) O referido protocolo foi celebrado em 11 de Fevereiro de 2009⁴;
- e) No protocolo estabeleceram-se como obrigações da *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.*:
- Promover a elaboração do projecto de execução de recuperação e ampliação da Escola;
 - Promover a adjudicação da obra de recuperação e ampliação da Escola, de acordo com o projecto de execução previamente aprovado pela Câmara;
 - Ouvir a Câmara quanto ao empreiteiro a seleccionar;
 - Suportar os custos relativos à elaboração do projecto técnico de execução;
 - Participar até ao montante de € 750.000,00, incluindo IVA, no custo das obras;
- f) No protocolo estabeleceram-se como obrigações da *Câmara Municipal de Vila Franca de Xira*:
- Apreciar e aprovar o projecto de execução de recuperação e ampliação da Escola;
 - Fiscalizar a obra de recuperação e ampliação da Escola, de acordo com o projecto aprovado;
 - Suportar a diferença entre o montante da participação da sociedade no custo das obras e o valor total das mesmas;
 - Pagar a sua participação, à medida da realização dos trabalhos e mediante a apresentação, pela entidade encarregada da execução dos mesmos, dos correspondentes autos de medição e das facturas.
- g) O n.º 2 da cláusula primeira do protocolo refere que a recuperação e ampliação da Escola, por parte da *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.*, constitui contrapartida, em espécie, da sociedade à Câmara, no âmbito da operação de loteamento referida;

³ Cfr. fls 9, 10, 30 e 31.

⁴ Cfr. fls. 53.



- h) No ofício n.º 5677, de 4 de Maio de 2009, a fls. 38 e seguintes, a autarquia refere que esta contrapartida se enquadra na previsão do n.º 4 do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, e pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro;
- i) No mesmo ofício invoca-se que competia “*apenas à Imocochão promover a adjudicação da obra de recuperação e ampliação da escola, o que fez, tendo em conta que procedeu a diversas consultas a empresas de construção, tendo ouvido a CMVFX quanto ao empreiteiro a seleccionar, conforme prevê o n.º 3 da cláusula segunda do Protocolo.*”
- j) Em 31 de Julho de 2008, a sociedade *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.*, havia já contactado 6 empresas de construção, convidando-as, por escrito, a apresentar proposta para a realização da obra⁵;
- k) No já invocado ofício n.º 5677, de 4 de Maio de 2009, a fls. 38 e seguintes, a autarquia sustenta:

“(…) tais convites não foram enviados por uma entidade adjudicante, nos termos da definição dada pelo CCP (...).

Nesta conformidade, podemos afirmar que efectivamente a Imocochão procedeu à adaptação de algumas regras do procedimento de ajuste directo previstas no CCP, convidando directamente várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, mas fê-lo, no nosso entender, dada a inexistência de um regime específico de direito privado para esta fase pré-contratual.

Efectivamente, o regime previsto nos artigos 1207.º e seguintes do Código Civil (referente ao contrato de empreitada) reporta-se já à fase contratual, ou seja, não contém quaisquer regras para a fase que antecede a celebração do contrato.

Neste sentido, recorreu a Imocochão, como já se referiu, a algumas regras do procedimento de ajuste directo, na fase que precedeu o contrato de empreitada, tendo-as adaptado, de modo a poder seleccionar, com a concordância da CMVFX, a proposta que melhor se coadunasse com o objectivo de recuperar e ampliar a Escola Básica 1, n.º 2, de Alverca do Ribatejo.

⁵ Cfr. ofícios a fls. 12 e seguintes.



Procedimento que, no nosso entendimento, não encontra qualquer impedimento legal, uma vez que não se pretendeu aplicar directamente o regime previsto no CCP mas apenas adaptar e transpor algumas regras do procedimento de ajuste directo, previstas naquele código.”

- l) O contrato de empreitada ora submetido a apreciação foi celebrado em 26 de Fevereiro de 2009 entre o Município, a sociedade *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.*, e a sociedade *Costa e Carvalho, S.A.*, uma das que haviam sido convidadas pela *Imocochão* a apresentar proposta para a obra;
- m) No n.º 1 da cláusula primeira do contrato diz-se que, pelo mesmo, a *Imocochão* e a *Câmara Municipal de Vila Franca de Xira* dão de empreitada à sociedade *Costa e Carvalho, S.A.*, a execução dos trabalhos de recuperação e ampliação da Escola Básica 1, n.º 2, em Alverca do Ribatejo;
- n) No clausulado do contrato, à *Imocochão* e à *Câmara Municipal* são conferidas prerrogativas e obrigações idênticas quanto à escolha de materiais, alterações ao Plano de Trabalhos, controlo de obrigações fiscais e laborais, controlo da obra, prestação de esclarecimentos, aprovação dos meios técnicos e humanos, aprovação de subcontratações, intervenção nos autos de medição, prorrogações do prazo, aplicação de multas e penalidades, rescisão e resolução do contrato, organização e coordenação da empreitada, emissão de instruções, fiscalização, direito a indemnizações, responsabilidade pela suspensão dos trabalhos e recepção provisória da obra;
- o) A responsabilidade pela determinação da realização de trabalhos não previstos, pela contratação dos respectivos preços, pela efectivação dos direitos inerentes à garantia da obra e pela recepção definitiva da obra é, no contrato, exclusivamente atribuída à *Câmara Municipal de Vila Franca de Xira*;
- p) O preço global estabelecido para a empreitada é de € 2.097.950,37, a que acresce o IVA. A este preço acrescem os custos com a consolidação do terreno e fundações indirectas, estimados em €228.950,16, dependendo do volume efectivo de trabalho, o que perfaz um montante global estimado de **€ 2.326.900,53**;
- q) Nos termos da cláusula décima segunda:

“ (...)”



3. A Imocochão será a única responsável pelo pagamento à Empreiteira das primeiras Facturas que, emitidas de acordo com os termos do presente Contrato, perfaçam o montante total de 750.000,00 € (setecentos e cinquenta mil euros), incluindo IVA.

4. A CMVFX será a única responsável pelo pagamento à Empreiteira das demais e posteriores Facturas, não incluídas no número anterior.

5. Declara a Empreiteira aceitar os termos das responsabilidades individuais da Imocochão e da CMVFX descritos nos dois números anteriores, sendo expressamente excluída a responsabilidade solidária passiva da Imocochão relativamente à CMVFX, mas sendo esta última solidária com aquela.”

- r) A cláusula quadragésima primeira estabelece que, nos casos omissos no contrato, recorrer-se-á, em primeiro lugar ao Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e seguidamente, ao Código Civil;
- s) No já referido ofício n.º 5677, de 4 de Maio de 2009, a fls. 38 e seguintes, bem como no contrato de empreitada, refere-se que a Escola EB1 n.º 2 de Alverca do Ribatejo “se encontra legalmente sob gestão e conservação da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira”.

3. DA QUALIFICAÇÃO E DO REGIME APLICÁVEL AO CONTRATO

Como resulta claro dos factos apontados no ponto anterior, o Município de Vila Franca de Xira é uma das partes no contrato de empreitada sujeito à apreciação deste Tribunal (cfr. alínea l)).

De acordo com o artigo 1.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, são *contratos públicos* todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam *celebrados* pelas entidades adjudicantes referidas no Código.

Sendo o Município outorgante no contrato em apreciação, e sendo o mesmo entidade adjudicante nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), do referido Código, **não há dúvida de que estamos perante um contrato público.**

Por outro lado, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 343.º do referido Código dos Contratos Públicos, “*considera-se obra pública o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e*



demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público”.

De acordo com o n.º 1 do mesmo artigo, entende-se por empreitada de obras públicas o contrato oneroso que tenha por objecto a execução de uma obra pública.

Ora, através do contrato em referência, o Município de Vila Franca de Xira, embora juntamente com uma sociedade privada, encomendou uma obra de recuperação e alteração de um bem imóvel (cfr. alínea m) do ponto 2), cuja administração lhe compete (cfr. alínea s)). Enquanto parte do contrato de empreitada, e atendendo aos poderes que lhe são atribuídos no mesmo, o Município é um dos donos dessa obra (cfr. alíneas n) e o)) e vai financiar, no mínimo, cerca de 68% do seu custo global estimado (cfr. alíneas p) e q)).

Sendo a obra executada no interesse e benefício do Município, sobre um bem cuja administração lhe cabe, por ordem sua e, maioritariamente, a suas expensas, deve entender-se que é executada por sua “*conta*”. Tal conclusão não é alterada pela circunstância de os custos e a direcção da obra serem partilhados com uma sociedade privada, tanto mais que a participação desta sociedade é minoritária.

Respeitando a obra à recuperação e ampliação de um bem imóvel, e sendo executada *por conta* de um contraente público⁶, a mesma é, assim, nos termos do preceito acima referido, uma obra pública.

Consequentemente, **o contrato em análise deve ser qualificado como um contrato de empreitada de obra pública.**

É-lhe, pois, aplicável o regime dos contratos de empreitada de obras públicas, constante do Código dos Contratos Públicos, por força do disposto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008.

4. DO PROCEDIMENTO PRÉVIO EXIGIDO

Enquanto contrato público, o contrato em análise está sujeito ao regime da formação dos contratos públicos, estabelecido na Parte II do Código dos Contratos Públicos, como determina o já citado artigo 1.º, n.º 2, do Código.

⁶ O Município de Vila Franca de Xira é um contraente público, nos termos do disposto nos artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 2.º, n.º 1, alínea c), do Código dos Contratos Públicos.



Enquanto contrato de empreitada de obra pública, deveria ter sido precedido da realização de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, como resulta do disposto no artigo 19.º do mesmo Código.

Tal como acima se referiu nas várias alínea do ponto 2, a autarquia veio invocar que, nos termos do protocolo celebrado entre o Município e a sociedade *Imocochão - Promoção Imobiliária, S.A.*, a realização da obra em causa constituía uma contrapartida em espécie desta sociedade à Câmara, no âmbito da operação de loteamento referida, e, nesses termos, competia a esta sociedade promover a adjudicação da obra.

Invocando que esta empresa não é uma entidade adjudicante, nos termos do Código dos Contratos Públicos, entende a autarquia que se aplica o direito privado, que não comporta uma fase pré-contratual. Assim, o procedimento por convites realizado *“não encontra qualquer impedimento legal, uma vez que não se pretendeu aplicar directamente o regime previsto no CCP mas apenas adaptar e transpor algumas regras do procedimento do ajuste directo, previstas naquele código”* (cfr. alíneas i) e k) do ponto 2).

O artigo 43.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação⁷ determina que os projectos de loteamento devem prever áreas destinadas a implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos, e o artigo 44.º, n.º 1, do mesmo diploma estipula que o proprietário do prédio a lotear ceda gratuitamente ao município as parcelas para implantação desses espaços e equipamentos.

O n.º 4 do mesmo artigo 44.º refere que, nos casos em que já existam ou não se justifiquem essas infra-estruturas e equipamentos, não há lugar a qualquer cedência para esses fins, *“ficando, no entanto, o proprietário obrigado ao pagamento de uma compensação ao município, em numerário ou em espécie”*.

O Município invocou que a realização das obras na Escola em referência constituía uma das contrapartidas em espécie acordadas, no âmbito da operação de loteamento, com a sociedade proprietária dos terrenos a lotear.

Sem colocar isso em causa, o que se constata é que essa contrapartida não abrangeu a totalidade da obra.

Perante o orçamento da obra (custo global estimado de € 2.326.900,53), e a necessidade de a autarquia financiar a maior parte desse custo, no montante

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado pela Lei n.º 13/2000, de 20 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pelas Leis n.ºs 15/2002, de 22 de Fevereiro, e 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto, e pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro.



de € 1.576.900,53, encontrámo-nos perante a necessidade de fazer uma despesa pública com a realização de uma empreitada de obra pública.

Ora, a realização de despesas relativas a empreitadas de obras públicas está sujeita ao regime da contratação pública⁸. O valor da despesa em causa, só por si, e além do mais, implicava a realização dos procedimentos concorrenciais acima referidos (concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, por força do artigo 19.º do Código dos Contratos Públicos).

É, por isso, irrelevante que se tenha atribuído à sociedade o papel de, formalmente, proceder à adjudicação da obra.

Como vimos no ponto anterior, basta que o contraente público intervenha na celebração do contrato para que ele seja qualificado como um contrato público e fique sujeito às regras de formação constantes do Código dos Contratos Públicos.

Acresce que, no caso, o valor da despesa pública também o impunha.

5. DA RELEVÂNCIA DA ILEGALIDADE VERIFICADA

Do que acima vem exposto, conclui-se pela omissão da realização de concurso público ou limitado por prévia qualificação.

Este procedimento era obrigatório nos termos dos artigos 19.º, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

Este Tribunal tem entendido que o concurso, quando obrigatório, é um elemento essencial do procedimento de adjudicação, pelo que a sua falta 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, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

⁸ Cfr., para além do Código dos Contratos Públicos, o artigo 47.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental.



A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁹.

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 ter sido assegurada a devida 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.

6. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 26 de Maio de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(João Figueiredo)

⁹ 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, e 35/2007, de 13 de Agosto.



Tribunal de Contas

(António Santos Soares)

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)