



Mantido pelo acórdão nº 18/03, de 03/06/03, proferido no recurso nº 15/03

Acórdão nº 20/03 – 18.Fev.03 – 1ªS/SS

Processo nº 2613/02

A Câmara Municipal da Covilhã enviou para fiscalização prévia um contrato promessa de compra e venda de 78 fogos para arrendamento em regime de renda apoiada, celebrado com a empresa SOMAGUE PMG - Promoção e Montagem de Negócios, S. A., pelo montante de 4 052 812,60€.

É a seguinte a matéria de facto relevante:

1. A Câmara Municipal da Covilhã fez publicar em Diário da República (22/3/99) e em vários jornais um aviso no qual se anunciava que, “tendo em vista a resolução dos problemas habitacionais do Concelho”, aquela entidade pretendia “estabelecer parcerias com promotores particulares de habitação a custos controlados no âmbito de contratos de desenvolvimento para habitação (CDH) mediante o exercício da opção de compra de fogos construídos neste regime”;
2. Em 20.6.99 o Município da Covilhã celebrou com a empresa SOMAGUE PMG – única empresa que “mostrou interesse” (cfr. ofício n.º 1384, de 13/2/2003) – um “protocolo de acordo de aquisição de fogos” para a “aquisição de habitações no âmbito do programa de realojamento”;
3. Desse protocolo resulta fundamentalmente:
 - A disponibilização, por parte do município, de um terreno em que a SOMAGUE PMG se propõe “implantar um empreendimento de custos controlados de aproximadamente



- 148 fogos”, terreno esse cuja avaliação será” a estabelecer entre os outorgantes”;
- A Câmara compromete-se a adquirir “cerca de 78 habitações” ou seja (cfr. cláusula 1ª) “aproximadamente 50% dos fogos para habitação a construir”
4. O aludido protocolo foi aprovado pela Câmara Municipal em 1/6/2001 e pela Assembleia Municipal em 22/6/2001;
 5. A este protocolo, de acordo com a sua cláusula 6ª, devia seguir-se um contrato promessa de compra e venda, o qual viria a ser celebrado em 27/10/2001, aí se estabelecendo a promessa de aquisição de setenta e oito fogos (sendo 18 de tipologia T1, 35 T2, 21 T3 e 4 T4), contrato promessa esse que agora se submete a fiscalização prévia;
 6. Por seu turno, a empresa SOMAGUE PMG obteve do Instituto Nacional de Habitação um financiamento de 6 297 721,00€ dos quais 6 270 760,00€ com bonificação, presumindo-se que na sequência da celebração de “contrato de desenvolvimento para habitação com empréstimo hipotecário” para a construção de 148 fogos na freguesia de Tortosendo;
 7. De acordo com a minuta deste contrato, os fogos destinar-se-ão a (n.º 2 da cláusula 1ª):
 - ”a) venda para habitação própria permanente dos adquirentes;
 - b) venda para arrendamento habitacional em regime de renda condicionada;
 - c) venda a municípios ou instituições particulares de solidariedade social (IPSS) para arrendamento em regime de renda apoiada.”
 8. Quanto ao valor atribuído ao terreno informa a Câmara Municipal da Covilhã, no ofício já citado, que o seu valor máximo seria o de 403 418,40€ mas que o município, “confrontado com a necessidade de proporcionar às populações realojadas as condições mínimas de



Tribunal de Contas

qualidade de vida e de bem estar que não se esgotam no mero acesso à habitação, negociou com a SOMAGUE PMG” contrapartidas em equipamentos sociais e desportivos, que descreve.

Resulta dos autos que a autarquia se propôs, para satisfação de carências habitacionais existentes na respectiva área territorial, construir fogos de habitação social.

Para a consecução desse desiderato a autarquia publicitou em órgãos de comunicação social escrita a sua disponibilidade para estabelecer parcerias através de contratos de desenvolvimento para habitação “mediante o exercício da opção de compra” dos referidos fogos.

Com o único “concorrente” que se apresentou – SOMAGUE PMG – a Câmara celebrou então, primeiramente, um protocolo (já referido acima) e, mais tarde, o presente contrato-promessa (o qual com a adenda de 26/11/2002, se submete agora a fiscalização prévia).

Essencial na caracterização desta contratação entre a empresa que se propõe construir as habitações e o município é que este, à partida, se compromete a comprar 78 fogos.

Isto é, em relação aos 78 fogos contratados, eles são construídos por solicitação contratualizada do município que, desde logo, assume o compromisso de os comprar.

É certo que a construção de fogos por parte da entidade privada, em regime de contrato de desenvolvimento para habitação, é contratada com o Instituto Nacional de Habitação no pressuposto de que, embora destinados ao mercado da habitação



Tribunal de Contas

social (como consta do modelo-tipo de contrato a celebrar com o Instituto Nacional de Habitação e do artº 10º do Dec-Lei n.º 165/93, de 7 de Maio), a sua construção é da iniciativa da empresa privada de construção civil.

Mas, em relação aos 78 fogos contratados com o Município, não pode deixar de pôr-se a questão de saber se, em relação a eles, foram respeitados os princípios fundamentais da contratação pública.

E, de acordo com o que vem sendo referido na jurisprudência deste Tribunal, não pode deixar de ter-se presente que estamos, em bom rigor, perante uma caracterização que implica a aplicação do regime de empreitada de obras públicas.

Como se referiu ainda recentemente no Acórdão n.º 7/03, de 22 de Janeiro – que seguiremos de perto – estes contratos devem ser tratados como verdadeiros contratos de empreitada de obras públicas se tratasse.

É o que resulta, desde logo, do disposto no artº 1º e no artº 2º, n.º 3, do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, não esquecendo que este diploma se propôs transpor a Directiva n.º 93/37/CE para o ordenamento nacional.

Ora, o artº 1º, al. a), da referida Directiva define os contratos de empreitada de obras públicas como os que, a título oneroso, e celebrados por escrito entre um empreiteiro e uma entidade adjudicante 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, por exemplo, aquele em que, “a



Tribunal de Contas

obra é financiada e realizada pelo empreiteiro, que será depois reembolsado pelo comprador”.

E, mais impressivamente, 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”, com sublinhados nossos).

Ora, no caso, a Câmara exprimiu a uma empresa quais as necessidades que necessitava ver satisfeitas e assumiu o compromisso de adquirir o resultado dessa encomenda.

Tanto basta para que, além do mais, a celebração deste contrato devesse ser precedida de concurso público, por força das regras do art.º 48º do referido Dec-Lei.

Mas, ainda que não quiséssemos configurar o presente contrato como de empreitada – ou sequer como um contrato administrativo em que a obrigatoriedade do concurso público resulta, de qualquer modo, do art.º 183º do CPA – ainda assim não ficaria afastada a exigência de tal regime procedimental.



Tribunal de Contas

Isto é, mesmo que estejamos no domínio da contratação que a Administração realiza com recurso ao direito privado, nem assim ela fica isenta do conjunto de directrizes aplicáveis nos termos dos art^{os} 266^o e 267^o da Constituição (cfr. J. J. Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3^a edição, pág. 921; J. M. Sérvulo Correia, “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, Coimbra, 1987, pág 532).

Observa, por outro lado, Maria João Estorninho (“A Fuga para o Direito Privado”, 1996, pág. 239) que “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 formas jurídico-privadas”.

Defende a mesma autora, de resto, que quanto maiores e frequentes forem as “fugas” às formas jurídico-públicas “tanto mais necessário se torna ser absolutamente intransigente na afirmação da sua vinculação aos direitos fundamentais e, nomeadamente, ao princípio da igualdade”.

O mesmo resulta ainda do art^o 2^o, n^o 5, do Código de Procedimento Administrativo, segundo o qual os princípios gerais que norteiam obrigatoriamente 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”.

E qual é a forma procedimental adequada à realização destes princípios?

Para Margarida O. Cabral (“O concurso público nos contratos administrativos”, 1999, pág. 258 e segs.) a questão do respeito pelo princípio da igualdade através do concurso público coloca-se da seguinte forma:



Tribunal de Contas

“(…) 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”;

“(…) seria de facto impossível à Administração senão por um sistema de público apelo à concorrência trazer ao procedimento todos aqueles que pudessem estar interessados em contratar, até porque nem sequer os conheceria”.

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 mas também privados).

E, não se diga que a observância deste princípios é irrelevante em procedimentos como estes, que ora estão sub judice, nomeadamente porque os preços máximos estão estabelecidos de antemão.

A este propósito convém referir, desde logo, que a concorrência sobre os preços se faz para obter o preço mais baixo e não para obter o preço máximo...

Por outro lado – e como é sabido – a concorrência também se pode exercer sobre outros factores, designadamente ligados à qualidade, desde que claramente indicados em programas de concurso e adequadamente publicitados.

E a concorrência pode ainda incidir, por exemplo, sobre o valor do terreno a pagar pelo construtor, o que neste caso também não sucedeu.



Tribunal de Contas

Ácerca deste aspecto deve salientar-se que, como consta do ofício supra mencionado, não foi atempadamente estabelecido o preço a pagar pelo terreno de implantação dos blocos habitacionais, tendo havido uma negociação de contrapartidas em projectos e obras de equipamentos sociais e desportivos.

Ora, desta forma, sendo os montantes das contrapartidas fixados por simples ajuste directo, fica também por saber se não poderiam, no mercado, ser obtidos melhores preços para os projectos e obras negociados; para além de, tendo em conta os valores que lhes foram atribuídos, se ter omitido ilegalmente o concurso público ou outros procedimentos adequados nos termos do art.º 48º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Revertendo ao contrato que nos ocupa tem de concluir-se ter havido clara omissão do concurso público, o qual seria o procedimento pré-contratual adequado.

O concurso é elemento essencial do procedimento pelo que estamos em face de uma nulidade (art.º 133º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo) que se transmite ao contrato, nos termos do art.º 185º, n.º 1, do mesmo Código.

A nulidade é um dos fundamentos de recusa de visto – art.º 44º, n.º 3. al. a) da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

Termos em que vai recusado o visto.

São devidos emolumentos.



Tribunal de Contas

Lisboa, 18 de Fevereiro de 2003.

Os Juizes Conselheiros,

(Cons. Lídio de Magalhães)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

(Cons. Pinto Almeida)

O Procurador-Geral Adjunto