



ACÓRDÃO n.º 12 /08 – 22SET2008-1.ª S-PL

R.O. N.º 16/2008-SRMTC

(Processo n.º 23/2008)

1. RELATÓRIO

1.1. A Câmara Municipal do Funchal, inconformada com a decisão n.º 10/FP/2008, de 21 de Abril de 2008, que recusou o visto ao contrato outorgado em 22 de Janeiro de 2008 entre a referida Câmara e a **TECNOVIA – Madeira, Sociedade de Empreiteiros, S.A.**, denominado “*empreitada de construção dos empreendimentos da Quinta do Faial; Quinta Falcão II (1.ª fase); Marmeleiros; Viveiros III (2.ª fase) – 50 fogos, infra-estruturas e arranjos exteriores*”, da mesma veio interpor recurso jurisdicional, **CONCLUINDO** como se segue:

- I. A interpretação demasiado ampla dos fundamentos para a recusa de visto, previstos na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC, é susceptível de padecer de **inconstitucionalidade**, tanto mais que, nomeadamente, os programas de concursos e a não admissão de concorrentes são susceptíveis de procedimentos cautelares e impugnação judicial perante os **Tribunais Administrativos** (v. artigos.



- 212.º e 214.º da CRP; cfr. arts. 100.º e segs. e 132.º do CPTA, aprovado, pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro);
- II. No caso em apreço – aparentemente semelhante mas concretamente bastante distinto de outros já apreciados por esse douto Tribunal – a alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC, na interpretação adoptada na decisão recorrida para recusar o visto, é inconstitucional, pois integra matérias da **jurisdição administrativa**.
- III. O procedimento concursal em análise **não enferma de qualquer ilegalidade** e, muito menos, de qualquer ilegalidade susceptível de alterar o respectivo resultado financeiro (v. art.º 44.º/3/c), da LOPTC;
- IV. No Programa do Concurso em causa não foram **expressamente** exigidas habilitações superiores às previstas no art.º 31.º/1 do DL 12/2004, de 9 de Janeiro;
- V. Não foi solicitado, no âmbito do concurso em causa, qualquer esclarecimento relativamente às habilitações dos concorrentes (v. n.º 2 do Programa do Concurso) e o Programa do Concurso não foi objecto de qualquer impugnação judicial ou procedimento cautelar (v. artigos 100.º e 132.º e segs. do CPTA);
- VI. A aplicação do art.º 31.º/1 do DL 12/2004 ao caso *sub judice* não é clara, *maxime* face ao previsto na Portaria 104/2001, de 21 de Fevereiro, em que o **Programa de Concurso Tipo** prevê a possibilidade de ser exigido alvará com classificação



como empreiteiro geral (v. n.º 6.2 do anexo à referida Portaria);

- VII.** A norma em causa do Programa do Concurso relativa à habilitação/qualificação de concorrentes (n.º 6.1), sem quaisquer esclarecimentos, **não era susceptível de afastar qualquer potencial interessado** – nomeadamente dos que não fossem titulares de alvará de empreiteiro geral – pelo que nunca poderia alterar o resultado financeiro do procedimento em análise (v. art.º 44.º/3/c) da LOPTC);
- VIII.** Não foi **excluído qualquer concorrente** por não dispor das habilitações referidas no Programa do Concurso, mas sim por não ser titular de qualquer alvará em vigor;
- IX.** Os esclarecimentos prestados pela ora Recorrente já no âmbito do presente processo – em que se referia alvará de empreiteiro geral – não são susceptíveis de fundamentar a recusa do visto, pois não foram prestados a potenciais interessados no âmbito do concurso, mas apenas a esse douto Tribunal, já depois de celebrado o contrato, sendo que apenas está em causa uma interpretação à *posteriori* de normas do Programa do Concurso;
- X.** Contrariamente ao decidido na decisão recorrida, esse douto Tribunal tem reconhecido a relevância da **verificação no acto público** da existência do alvará/certificado previsto no



DL 12/2004 e nos artºs 54.º e 69.º do RJEOP (v. Acórdão 3/2007, de 30/03/2007);

- XI.** A titularidade do alvará/certificado em causa tem que se manter durante **todo o período do concurso** e execução do contrato e não apenas durante o prazo de apresentação das propostas;
- XII.** A **exclusão dos concorrentes** que não disponham de alvará/certificado em vigor ou não apresentem outros documentos de habilitação em sua substituição, no prazo para apresentação das propostas, resulta expressamente dos artºs 54.º e 67.º, 69.º e 92.º/2/a) do DL 59/99 e do n.º 19.1 do Programa do Concurso;
- XIII.** A falta de apresentação de alvará/certificado em vigor ou dos referidos documentos, no prazo para apresentação das propostas, não permitia a **admissão condicionada** a concurso (v. art.º 92.º/3 do DL 59/99);
- XIV.** **A revalidação do alvará** pelo IMOPPI (hoje InCP) não é automática, dependendo do cumprimento de diversas formalidades e da verificação por esta entidade dos pressupostos de atribuição do mesmo, nomeadamente a idoneidade, a capacidade técnica e a capacidade económica e financeira (v. artigos 7.º e 19.º do DL 12/2004);
- XV.** O DL 12/2004 prevê uma antecedência significativa para se requerer a revalidação do alvará/certificado, apenas sendo **imputável aos interessados** as consequências do



incumprimento dos mesmos (v. art.º 19.º do DL 12/2004), que, de resto, podiam ter apresentado, no prazo para apresentação das propostas, documentos de habilitação em substituição do referido alvará/certificado (v. art.º 67.º e 92/2/a) do RJEOP);

XVI. Não foi assim violado qualquer dos normativos indicados na douda decisão recorrida, tendo sido expressamente respeitados pela ora Recorrente todas as normas e princípios aplicáveis;

XVII. Mesmo que assim se não entenda – e que apenas se refere sem admitir minimamente – sempre deveria ser emitido visto com recomendações, nos termos do art.º 44.º/4 da LOPTC, conforme tem sido decidido em outras situações por este Venerando Tribunal de Contas (v., nomeadamente, Acs. T. Contas 9/2006 e 124/2005), pois:

- Está em causa uma obra que irá resolver **o problema habitacional de populações carenciadas** que irão ser prejudicadas pelo seu atraso;
- A ora Recorrente nunca foi objecto de qualquer **recomendação** desse doudo Tribunal, relativamente às questões em causa;
- Nunca estariam em causa quaisquer **ilegalidades manifestas** e as normas em causa não revestem especial clareza;



- Não está provada a ocorrência de qualquer **efectiva alteração do resultado financeiro**.”.

Termina requerendo que o presente recurso seja julgado procedente, revogando-se a decisão recorrida de recusa do visto, concedendo-se o visto ou, se assim, se não entender, concedendo-se o visto com recomendações, com todas as consequências legais.

1.2. O Excelentíssimo Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer no sentido de se considerar apenas como subsistente a ilegalidade relativa à violação do art.º 31.º do DL n.º 12/2004, pelo que o recurso deverá obter provimento quanto ao pedido de concessão do “visto” com recomendações.

No que se refere a uma das ilegalidades que fundamentou a recusa do visto – violação do art.º 92.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99, de 2 de Março, bem como do disposto nos pontos 6.1 e 14 do programa do concurso e III.2.1.2 e III.2.1.3 do anúncio do concurso – entende, em síntese, aquele Magistrado que a validade dos alvarás, ao contrário do decidido, se deve aferir no acto público de análise das candidaturas, sendo que a circunstância, que vem referenciada e reconhecida na decisão, de que dois dos concorrentes teriam apresentado declarações de compromisso de terem pago as taxas de prorrogação dos seus alvarás e os documentos emitidos pelo IMOPPI, não é relevante porquanto, mesmo a admitir-se que a taxa tivesse sido efectivamente paga, o efeito seria o de haver uma mera presunção



quanto às condições mínimas de permanência a que alude o art.º 18.º do DL 12/2004, o que não representava qualquer garantia de que o alvará viesse a ser revalidado nos mesmos moldes.

Acresce que o alvará é um documento essencial para comprovar as habilitações dos concorrentes e tem de manter a sua validade durante todo o tempo do concurso e execução da obra – n.º 8 a 11 do art.º 19.º do DL 12/2004.

1.3. Foram colhidos os vistos legais.

2. DOS FUNDAMENTOS DE RECUSA DO VISTO AO CONTRATO

A Decisão recorrida recusou o visto ao contrato com fundamento nos seguintes vícios de violação de lei:

- a)** Violação do art.º 92.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99, de 2 de Março, bem como do disposto nos pontos 6.1 e 14 do programa do concurso e III.2.1.2 e III.2.1.3 do anúncio do concurso;
- b)** Violação do disposto no art.º 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro;
- c)** Violação consequencial (expressão nossa) dos art.º 10.º e 11.º do DL 197/99, de 8 de Junho (princípios das concorrência e da Imparcialidade)



Tribunal de Contas

Conclui a Decisão recorrida que, em consequência das exclusões resultantes da violação do art.º 92.º, n.º 2, alínea a), *“por razões que nada têm a ver com a habilitação dos concorrentes, contribuíram para a redução do número de propostas recepcionadas, limitando, por consequência, a escolha do Município, e potenciando a alteração do resultado financeiro do contrato”*.

Também *“o não acatamento do preceituado no art.º 31.º, n.º 1, do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, a configurar-se a hipótese de, a partir da leitura das peças processuais, poderem alguns destinatários do concurso ter-se absterido de concorrer, por não serem detentores de título profissional bastante, nos termos formalmente indicados”*, contribuíram para a redução ou poderão ter contribuído para uma restrição de potenciais concorrentes.

No caso *sub judice* entendeu a Decisão recorrida não ser de aplicar a faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26/08, porquanto *“a introdução de elementos ou factores de desvio às regras do concurso ou mediante actuações passíveis de propiciar a subjectivação do tratamento dado aos concorrentes envolvidos e de, com isso, haver o perigo de favorecimento de um ou mais de entre eles”* ficarem *“postergados valores acolhidos nos aludidos princípios, o que torna inaceitável a produção de efeitos ao contrato*.

Pelo que a opção de recusar o visto ao contrato bem se compreende, dado que só a improdutividade do contrato



posteriormente celebrado garante a protecção adequada do concurso público e os fins visados pelas normas agora desrespeitadas.”.

3. DOS INVOCADOS ERROS DE JULGAMENTO (vide conclusões das alegações).

3.1. Da inconstitucionalidade da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 97/98, de 26/08, na interpretação que lhe foi dada na Decisão recorrida, por, em concreto, ter integrado matérias da competência da jurisdição administrativa – conclusões I e II da alegação

O Tribunal de Contas é, nos termos da Constituição (artigos 202.º e 214.º), um tribunal de competência especializada em matéria financeira e compete-lhe, designadamente (vide alínea d) do n.º 1 do referido art.º 214.º), *“Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 do art.º 2.º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas, originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos*



Tribunal de Contas

suportados por transferências do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas” (artigos 5.º, n.º 1, alínea c), da Lei 98/97, de 26 de Agosto, com a alteração introduzida pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto; cfr. art.º 44.º, n.º 1 da mesma Lei).

Dispõe o art.º 44.º da Lei 98/97, sob a epígrafe “*Finalidade do visto. Fundamentos de recusa do visto*”, no seu n.º 3, o seguinte:

“3- Constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique:

- a) Nulidade;*
- b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras;*
- c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro.*

4- Nos casos previstos na alínea c) do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.”.

Em causa está, de acordo com o alegado pela Recorrente, **o disposto na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de**



Agosto, já que, segundo afirma, as ilegalidades apreciadas, *in casu*, pelo Tribunal de Contas integram matéria da competência dos tribunais administrativos.

O que se nos oferece dizer quanto a esta questão é, muito sinteticamente, o seguinte:

a) O Tribunal de Contas, contrariamente aos tribunais administrativos, não aprecia/dirime **litígios** emergentes de relações administrativas (art.º 212.º da CRP e artigos 1.º, n.º 1, e 4.º do ETAF);

b) O Tribunal de Contas, contrariamente aos tribunais administrativos, não declara, por exemplo, a validade ou invalidade dos contratos administrativos, que lhes são submetidos a fiscalização prévia; e isto, precisamente, **porque o objecto da fiscalização prévia não é a apreciação de litígios, mas sim a concessão ou recusa do visto ao contrato** (cfr. art.º 1.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1 do ETAF; vide art.º 5.º, n.º 1, alínea c) e art.º 44.º, n.ºs 1, 3, alínea c), e 4, todos da Lei 98/97, de 26/08);

c) **As ilegalidades de carácter estritamente administrativo**, ao contrário do que, em regra, ocorre na jurisdição administrativa, podem e devem ser sempre conhecidas oficiosamente pelo Tribunal de Contas; ponto é que as mesmas sejam geradoras de nulidade (art.º 44.º, n.º 3, alínea a)), ou sejam geradoras de mera anulabilidade (art.º 44.º, n.º 3, alínea c)), sendo que, nestes últimos casos, **só relevam para efeitos de concessão** (com recomendações) **ou recusa do**



visto as que alterem ou sejam susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, ao invés do que ocorre na jurisdição administrativa, em que tais ilegalidades valem por si mesmas com as inerentes repercussões no respectivo contrato, em sede de invalidade (cfr. art.º 185.º do CPA);

d) A recusa do visto a um contrato administrativo *“implica apenas a ineficácia jurídica”* daquele contrato *“após a data da notificação da respectiva decisão”* (art.º 45.º, n.º 2, da Lei 98/97), sendo certo que os trabalhos realizados *“após a celebração do contrato e até à data de notificação da recusa do visto poderão ser pagos após essa notificação, desde que o respectivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período”* (art.º 45.º, n.º 3, da Lei 98/97);

e) **Em suma: a Decisão recorrida, ao ter recusado visto ao contrato com fundamento na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, na interpretação que lhe foi dada – as ilegalidades constatadas serem susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, por daquelas resultar a violação dos princípios da concorrência e da imparcialidade, (vide ponto 2. deste Acórdão) – não incorreu em qualquer vício de inconstitucionalidade, já que daquela interpretação não resultou a apreciação de qualquer litígio emergente de relações jurídicas administrativas (artigos 214.º, n.º 1, da CRP, artigos 1.º, n.º 1 e 4.º do ETAF).**



Improcede, por isso, o invocado erro de julgamento.

3.2. A Decisão recorrida considerou que se mostrava violado o disposto no art.º 92.º, n.º 2, alínea a), do DL n.º 59/99, de 02/03, bem como o disposto nos pontos 6.1 e 14 do programa do concurso e III.2.1.2 e III.2.1.3 do anúncio, com base nos seguintes fundamentos fácticos e de direito que, a seguir, se sintetizam.

3.2.1. Fundamentos de facto constantes da referida Decisão:

- O prazo para a entrega das propostas terminava a 31 de Janeiro de 2007 e a data do acto público do concurso foi marcada para 1 de Fevereiro de 2007, pelas 10 horas (cfr. os pontos 4 e 5 do programa do concurso) – **alínea c) do probatório;**
- A CMF fez constar do ponto 6.1 do programa do concurso que só eram admitidos *“os concorrentes titulares de alvará de empreiteiro de obras públicas que contenha as autorizações da 1.ª Categoria, na classe que cubra o valor global da sua proposta; 1.ª, 4.ª, 5.ª e 6.ª Subcategorias da 1.ª Categoria na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem”* – **alínea d) do probatório;**



- Para o efeito, os potenciais interessados deviam instruir as suas propostas com o certificado emitido pelo Instituto de Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI) ou cópia simples do mesmo, observando a sua validade legal (cfr. os pontos 14 do programa do concurso e III.2.1.2 e III.2.1.3 do anúncio) – **alínea e) do probatório**;
- Ao concurso apresentaram-se os seis concorrentes seguintes: FDO – Construções, S.A., Elimar – Engenharia, S.A., Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., Alberto Martins & Filhos, S.A., o consórcio Pernetta Construções, S.A./José Avelino Pinto, S.A., e Edimade – Edificadora da Madeira, S.A. – **alínea f) do probatório**;
- O representante da empresa Tecnovia Madeira, S.A., na sessão do acto público, reclamou contra a admissão das empresas FDO – Construções, S.A., Elimar – Engenharia, S.A., Edimade – Edificadora da Madeira, S.A., e do consórcio Pernetta Construções, S.A./José Avelino Pinto, S.A., nos termos do art.º 92.º do Decreto-Lei n.º 59/99, argumentando que estes concorrentes não tinham apresentado o documento da alínea a) do ponto 14.1 do programa do concurso, certificado, emitido pelo IMOPPI, com as autorizações necessárias para a realização da obra posta a concurso e na classe correspondente ao valor



da proposta, ou cópia autenticada do mesmo – **alínea g) do probatório.**

- A comissão de abertura do concurso manteve a decisão de admitir as sociedades Elimar – Engenharia, S.A., e Edimade – Edificadora da Madeira, S.A., e deu um prazo, até às dez horas do dia 02/02/2007, à empresa FDO – Construções, S.A., e ao consórcio Pernetas Construções, S.A./José Avelino Pinto, S.A., para apresentarem uma declaração de compromisso de como pagaram a prorrogação do alvará, acompanhadas do respectivo documento de cobrança emitido pelo IMOPPI – **alínea h) do probatório**
- A sociedade Tecnovia Madeira, S.A., não se conformando com as decisões da mencionada comissão, interpôs recurso hierárquico a defender, sem mais, a exclusão dos referidos concorrentes (cfr. os nºs 1, 2 e 3 do art.º 99.º do Decreto-Lei 59/99) – **alínea i) do probatório;**
- A CMF, em reunião de 22 de Fevereiro de 2007, decidiu ***“dar provimento ao recurso interposto pela concorrente Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., revogando-se assim a deliberação da comissão de abertura, na parte em que decidiu pela habilitação e admissão das concorrentes Elimar – Engenharia, S.A., e Edimade – Edificadora da Madeira, S.A., e pela admissão***



condicionada das concorrentes FDO – Construções, S.A. e do Consórcio formado pelas empresas Pernetá Construções, S.A./José Avelino Pinto, S.A.” – alínea j) do probatório;

- Em 6 de Março de 2007, a comissão de abertura retomou os trabalhos do acto público procedendo, depois da leitura da deliberação da CMF que apreciou o recurso hierárquico, à abertura das propostas dos concorrentes Tecnovia Madeira, S.A., e Alberto Martins & Filhos, S.A., cuja admissão determinou a sua passagem à fase seguinte do concurso – **alínea k) do probatório.**

3.2.2. Fundamentos de direito constantes da Decisão recorrida.

- “As empresas FDO-Construções, S.A., Elimar-Engenharia, S.A, Edimate-Edificadora da Madeira, S.A., e o consórcio Pernetá construções, S.A./José Avelino Pinto, S.A. apresentaram os certificados de alvará de empreiteiro relativos ao ano de 2006, válidos até 31 de Janeiro de 2007, **data limite para a entrega das propostas**”, conforme resulta da alínea c) do probatório – “sendo que estas duas últimas sociedades entregaram, igualmente, uma declaração de compromisso de terem sido pagas as taxas de prorrogação



dos seus alvarás e os documentos de cobrança emitidos pelo IMOPPI (cfr. art.º 5.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro)”¹;

- **A fundamentação que esteve na base da exclusão das referidas sociedades**, conforme se pode ver da alínea K) e de fls. 897 da Pasta 3 apensa ao processo, **foi o facto “de os certificados”** de alvará **“já se encontrarem caducados em 1 de Fevereiro de 2007”**, ou seja, à data do acto público do concurso, conforme se pode ver da alínea c) do probatório – *“segundo de modo explícito um critério que reconhece a existência de uma irregularidade equivalente à falta de entrega do documento ou à não titularidade do alvará exigido...”*;
- *“Ora, tendo os concorrentes apresentado o documento de habilitação relativo à comprovação da titularidade do alvará, a questão da caducidade, tal como foi equacionada pelo Município em sede de recurso hierárquico, não consubstancia uma irregularidade que influa no concurso ou nos seus fins”*;
- **“...o dono da obra deve apreciar a validade e actualidade da informação relativa à habilitação dos concorrentes reportada ao momento da entrega das propostas, tendo por data limite o termo do prazo do concurso (31/01/2007)”**;
- *“Em consonância, face aos pontos 6.1 e 14 do programa do concurso e III.2.1.2 e III.2.1.3 do anúncio e ao estipulado no n.º*

¹ A última parte deste ponto vem apenas referida, no Acórdão recorrido, na matéria de direito.



2 art.º 92.º do Decreto-Lei n.º 59/99, a matéria de facto dada como assente nesta decisão permite concluir com clarividência que os concorrentes excluídos preenchem o requisito de habilitação referente ao alvará, na medida em que os respectivos certificados eram válidos até 31 de Janeiro de 2007.”.

3.2.3. Do invocado erro de direito, por a matéria de facto ser subsumível ao disposto no art.º 92.º, n.º 2, alínea a) do DL n.º 59/99, de 2/3 (conclusões VIII a XVI da alegação).

A questão controvertida consiste em saber se a validade do alvará se deve aferir até ao *terminus* do prazo para apresentação das propostas, ou se, pelo contrário, se deve aferir no momento do Acto público do concurso (artigo 85.º e seguintes, do DL 59/99, de 2/3), para efeitos de admissão ou exclusão dos concorrentes.

Da resposta a esta questão dependerá a procedência ou improcedência do invocado erro de direito.

A decisão recorrida entendeu que a validade do alvará se deveria aferir até ao *terminus* do prazo para apresentação das propostas, nos termos e com os fundamentos supra referidos (vide ponto 3.2.2. do presente Acórdão), tendo, por isso, considerado ilegal a exclusão dos



Tribunal de Contas

concorrentes identificados na alínea j) do probatório, por violação do disposto na alínea a) do n.º 2 do art.º 92.º do DL 59/99, e das normas constantes do programa do concurso e publicitadas, que referiam que o *terminus* do prazo para apresentação das propostas era o dia 31 de Janeiro de 2007, sendo que tais concorrentes, àquela data, possuíam alvarás válidos – cfr. alínea c) do probatório.

Ao invés, a Recorrente e M.P. entendem que o momento da aferição da validade dos alvarás se deve aferir na fase do acto público do concurso, sendo que os alvarás dos concorrentes excluídos, à data daquele acto – 1 de Fevereiro de 2007 – já se mostravam caducados – cfr. alínea c) do probatório.

Vejamos.

Dispõe o art.º 92º, n.º 2, alínea a). do DL 59/99, de 2 de Março, sob a epígrafe “*Deliberação sobre habilitação dos concorrentes*”, inserido na Secção relativa ao “*Acto público do concurso*”, que:

“2- São excluídos, nesta fase, os concorrentes:

a) *Que não tenham apresentado todos os documentos de habilitação obrigatória ou que apresentem qualquer deles depois do termo fixado para apresentação das propostas.*”

Da matéria de facto dada como provada e dos autos resulta que, à data da apresentação das propostas – 31 de Janeiro de 2007 –



, todos os concorrentes haviam apresentado cópias de alvarás de emitidos pelo IMOPPI, com prazos de validade até àquela data, sendo certo que era essa a exigência constante dos pontos 6.1, 14. e 19.1. do Programa do concurso²

Ou seja, uma interpretação literal do referido preceito conduzir-nos-á à solução propugnada pela decisão recorrida.

Explicitando: todos os concorrentes apresentaram os respectivos alvarás válidos dentro do prazo fixado para apresentação das propostas, pelo que, de acordo com a interpretação literal do preceito, não existe qualquer fundamento para as exclusões ocorridas (4 concorrentes).

Mas para melhor compreensão do referido preceito, importa fazer uma breve análise da *ratio legis* que presidiu à feitura do referido preceito.

O preceito em análise, encontra-se inserido, como atrás referimos, na Secção relativa ao “Acto público do concurso”.

² (cfr. também o teor da deliberação camarária, de 22 de Fevereiro de 2007 – alínea j) do probatório - em que se decidiu dar “*provimento ao recurso interposto pela sociedade Tecnovia (...).revogando-se assim a deliberação da Comissão de Abertura, na parte em que decidiu pela habilitação e admissão das concorrentes Elimar – Engenharia e Edimade – Edificadora da Madeira S.A. e pela admissão condicionada das concorrentes FDO – Construções S.A e do Consórcio formado pelas empresas Pernetta Construções S.A. e José Avelino Pinto S.A)*”



Tribunal de Contas

O Acto público do concurso é uma fase do procedimento concursal que se desdobra em várias formalidades, ou melhor, em várias sub-fases com relevo para a admissão dos concorrentes.

A admissão dos concorrentes é um acto de natureza meramente formal.

Trata-se, no fundo, como refere Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Almedina, pág. 483, *“de verificar se os documentos apresentados (...) são ou não aqueles que os concorrentes aí deviam encerrar, e se eles contêm ou não os elementos essenciais a que se deviam referir – decidir, pois, se estão lá as declarações e comprovações exigidas e se o que nelas se declara ou comprova era aquilo que se pedia aos concorrentes que declarassem e comprovassem”*; e tudo isto, referimos nós, em função das peças concursais patenteadas a concurso, designadamente, o Programa do concurso.

E dizem mais à frente os referidos autores: “...*parece que aqui tudo se resume à mera **constatação e confronto formal** de documentos e exigências legais ou concursais...*”.

De resto, mesmo que ilegalidade houvesse na admissão dos concorrentes – que, *in casu*, acabaram por ser excluídos no Acto público do concurso – por não terem alvará válido à data daquele Acto, a decisão de admissão de um concorrente não assume o carácter de acto definitivo, tratando-se antes de um **acto preparatório da decisão final**.



Tribunal de Contas

Na verdade, e como refere Margarida Olabazal Cabral, in “Concurso Público nos Contratos Administrativos”. *“A posterior exclusão de um concorrente primeiramente admitido constitui um acto revogatório de um acto preparatório, que se baseará sempre na ilegalidade da admissão de um concorrente, pelo facto de Administração se ter apercebido posteriormente de alguma irregularidade na sua candidatura, de que não se apercebeu inicialmente.*

Tal decisão de exclusão não pode deixar de ser uma decisão possível, como me parece ser uma decisão devida; com efeito, sendo o poder de admissão e exclusão um poder vinculado, ao aperceber-se de uma ilegalidade cometida a entidade adjudicante não pode deixar de a reparar, evitando que a proposta do concorrente em causa seja apreciada e que eventualmente lhe seja adjudicado o contrato”.

E diz mais à frente a referida autora, cuja posição corroboramos, **o acto de admissão dos concorrentes não consubstancia, “pela sua própria natureza quaisquer direitos para os concorrentes que dele beneficiam, tendo apenas o direito (ou interesse legítimo) a que todo o processo decorra conforme a lei e com o programa do concurso”** – sublinhado nosso.

In casu, **os concorrentes excluídos** (4 de entre os 6 que concorreram) **incluíram na pasta dos “Documentos” alvarás válidos** - documento obrigatório - **até ao termo do termo de**



apresentação das propostas, pelo não lhes era aplicável o disposto na alínea a) do n.º 2 do art.º 92.º do DL 59/99, de 2/3.

È certo que tais concorrentes, à data do Acto público do concurso já tinham os seus alvarás caducados. Contudo, nada impedia que tais alvarás fossem revalidados – e nos mesmos moldes –, no decurso do procedimento concursal (artigos 5.º, 19.º e 20.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro).

Pretende-se com isto significar que os concorrentes admitidos pela entidade adjudicante poderiam sempre questionar através das formas procedimentais/processuais próprias, **no decurso do procedimento concursal**, a validade do alvará dos restantes concorrentes, caso os mesmos não fossem revalidados ou revalidados nos mesmos moldes.

Ou seja, a admissão de 4 dos concorrentes no Acto público do concurso – que, *in casu*, foram excluídos por parte da entidade adjudicante – **nunca poria em causa a efectiva concorrência, a igualdade de oportunidades assim como uma comparação efectiva das propostas.**

Dito de outro modo: a admissão daqueles 4 concorrentes nunca poria em causa os princípios da contratação pública e, nessa medida, o interesse público subjacente a qualquer procedimento concursal.



Tribunal de Contas

Acresce que, tal como refere a decisão recorrida, recorrendo à Obra supra citada de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in pág. 335, *“em qualquer altura posterior do decurso do próprio procedimento, pode sempre ser exigida ao concorrente a exibição do alvará: não só por poder haver dúvidas ou reclamações sobre a questão, como também porque a titularidade do alvará, como condição de acesso, refere-se (também) à sua manutenção por todo o período do concurso (e à execução do contrato).”*.

Na senda do atrás referido dizem ainda os referidos autores, na Obra supra citada, pág. 333, quando se exige um título profissional, como é o caso da titularidade de alvará de empreiteiros de obras públicas, para participar num procedimento adjudicatório *“é pressuposto o de que se mantém actualizado ao longo do concurso: o concorrente que perder esse título – ou o vir modificado para especificações diferentes das exigíveis – perde a sua posição nesse procedimento.”* - vide, a propósito, artigos 19.º, n.º 11 e 20, n.º 7, do DL 12/2004, de 09/01.

Acresce que o Acórdão citado no ponto X das conclusões da alegação – Acórdão n.º 3/07, de 30 de Março de 2007-1.ª/PL – reporta-se a uma situação diversa da constante dos autos: naquele caso o concorrente *“não detinha habilitação ...bastante para executar a totalidade da obra”* (pág. 23 do Acórdão), ou seja, aquele concorrente não incluiu na pasta dos “Documentos” comprovativo de alvará com a classe mínima para a realização dos trabalhos incluídos



no âmbito da primeira subcategoria da primeira categoria, contrariando o estabelecido na alínea b) da cláusula 6.2. do Programa do concurso (vide conclusão c) da alegação constante daquele Acórdão), ou seja, havia uma desconformidade entre o exigido no Programa do concurso, no que se refere ao alvará – documento obrigatório, nos termos daquela peça procedimental – e o que constava dos “Documentos” com base nos quais se deliberou a admissão ou a exclusão dos concorrentes, o que não é o caso dos autos, em que todos os documentos obrigatórios, de acordo com o Programa do concurso, foram apresentados até ao termo do prazo fixado para apresentação das propostas.

Em síntese: se dúvidas houvesse, sempre poderíamos concluir que há, aqui, uma consonância clara entre a letra do art.º 92.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99, de 2/3, e a *ratio legis* que presidiu à sua feitura.

Improcede, em consequência, o invocado erro de direito.

3.3. A Decisão recorrida considerou, igualmente, que se mostrava violado o n.º 1 do art.º 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro, com base nos seguintes fundamentos fácticos e de direito que, a seguir, se sintetizam.



3.3.1. Fundamentos de facto constantes da Decisão recorrida.

- “A CMF fez constar do ponto 6.1 do programa do concurso que só eram admitidos “os concorrentes titulares de alvará de empreiteiro de obras públicas que contenha as autorizações da 1.^a Categoria, na classe que cubra o valor global da sua proposta; 1.^a, 4.^a, 5.^a e 6.^a Subcategorias da 1.^a Categoria na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem”” – alínea d) do probatório.

3.3.2. Fundamentos de direito constantes do Decisão recorrida.

- “Na interpretação do art.º 31.º, a linha jurisprudencial seguida pelo Tribunal de Contas, tanto na 1.^a Secção, como na Secção Regional da Madeira, é uniforme no sentido de considerar que a entidade adjudicante só pode exigir, no que concerne às autorizações do alvará do empreiteiro ou construtor que pretenda contratar com o Estado ou com outros entes públicos, a posse de uma única subcategoria em classe que cubra o valor da obra a executar, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo (veja-se, entre outros, o Acórdão n.º 9/2006 – 9 de Janeiro, 1.^a SSS, tirado do processo n.º 2452/2005). Relativamente aos restantes trabalhos da empreitada, podem ser exigidas outras subcategorias na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem”;



- *“Deste modo, quando a entidade adjudicante circunscreveu o universo destinatário do concurso aos industriais detentores do alvará de empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios e património construído contendo as autorizações da 1.ª categoria, “na classe que cubra o valor global da sua proposta”, afastou a regra do n.º 1 do art.º 31.º do DL 12/2004, uma vez que a admissão ao procedimento ficou dependente da titularidade do referido alvará, cuja atribuição implica a posse cumulativa de duas subcategorias determinantes (ver ponto 2.º da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro)”;*
- *“Por aqui se vê que não colhe a explicação da CMF quando afirma que: “Foi pedida a 1.ª categoria para assegurar que o concorrente estivesse habilitado como empreiteiro de construção de edifícios. Porque a classe atribuída pode ser superior às subcategorias predominantes, a 1.ª e a 4.ª e para salvaguardar e dar cumprimento ao art.º 31.º do DL 12/2004, porque não havia uma subcategoria claramente predominante exigiu-se que ao valor global da proposta corresponderia a 1.ª categoria (empreiteiro geral) mas depois nas diversas subcategorias deveriam apresentar a classe que cobrisse o valor dos respectivos trabalhos” – cfr. Ofício n.º 7847, de 31-03-2008”.*



3.3.3. Do invocado erro de direito, por no Programa do Concurso não terem sido exigidas expressamente habilitações superiores às previstas no n.º 1 do art.º 31.º do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro – conclusões IV a VII da alegação.

Conforme resulta da alínea d) do probatório, “A CMF fez constar do ponto 6.1 do programa do concurso que só eram admitidos “os concorrentes titulares de alvará de empreiteiro de obras públicas que contenha as autorizações da 1.ª Categoria, na classe que cubra o valor global da sua proposta; 1.ª, 4.ª, 5.ª e 6.ª Subcategorias da 1.ª Categoria na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem”.

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:

- (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 normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros;
- (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 fizer constar do programa do concurso as duas hipóteses – a do n.º 1 e a do n.º 2 do art.º 31.º – não está a violar qualquer normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros. Ou seja, se, no programa do concurso, se disser que, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 1 do art.º 31.º, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 2, podem concorrer.

No caso dos autos, **a entidade adjudicante, ao se ter autovinculado a admitir apenas os concorrentes titulares de alvará de empreiteiro de obras públicas que contivessem as autorizações da 1.ª Categoria que cobrissem o valor global da sua proposta (...), excluindo, por essa via, os potenciais concorrentes a que se reporta o n.º1 do art.º 31.º do referido diploma, incorreu num vício de violação de lei susceptível de restringir o**



universo concorrencial e, conseqüentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato³.

Improcede, por isso, o invocado erro de direito.

4. Das conseqüências decorrentes da violação dos citados preceitos no acto de adjudicação e conseqüente contrato

As ilegalidades constatadas não são geradoras de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º, da Lei 98/97, de 26 de Agosto, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto), porquanto:

- Os vícios supra identificados não estão previstos no n.º 2 do art.º 133.º do CPA⁴;
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aqueles vícios, cominem 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

³ Neste sentido vide Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 26/06-1.ª-PL; n.º 17/2007, 1.ª-SS, n.º 66/2006-1.ªSS, 14/2008, 1.ª-SS

⁴ Anote-se, contudo, que a enumeração é meramente exemplificativa.



Tribunal de Contas

preside àquele acto de adjudicação (vide artº 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA)⁵

Não sendo tais ilegalidades geradoras de nulidade, só podem as mesmas ser geradoras 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 as violações de lei ocorridas são geradoras 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 daqueles preceitos tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, **não temos dúvidas em afirmar que aqueles vícios são susceptíveis de restringir o universo concorrencial e, consequentemente, susceptível de alterar aquele resultado.**

⁵ 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; ver igualmente a anotação de Pedro Machete ao Ac. Do STA, de 11.11.2003, in CJA (Cadernos de Justiça Administrativa), n.º 66, Janeiro/Fevereiro de 2007, págs. 17 a 33, em que, a dado passo diz: “...parece mais adequado um entendimento da expressão “falta de elementos essenciais” do acto administrativo de acordo com o que se poderá designar de teoria da essencialidade funcional: a expressão em causa é tomada como uma cláusula geral referente a qualquer elemento de um acto administrativo perfeito cuja viciação seja de tal modo grave e descaracterizadora do mesmo acto, á luz da respectiva função, isto é, do interesse público que o mesmo vise prosseguir, que torne inaceitável a produção dos efeitos jurídicos a que tal acto, de acordo com o respectivo tipo legal tende. (...)”.



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, de 26 de Agosto, na nova redacção dada pela Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto 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.**

No caso dos autos, e porque em consequências das ilegalidades cometidas, designadamente a da violação do art.º 92.º, n.º 2, alínea a), do DL n.º 59/99, de 2/3, da qual resultou a exclusão de 4 concorrentes – entre 6 dos que haviam concorrido –, foram postergados de uma **forma séria** os princípios da concorrência, da comparabilidade das propostas (que é um corolário do princípio da concorrência), e da igualdade (artigos 10.º e 9.º do DL 197/99 de 8 de Junho, aplicáveis às empreitadas públicas por força do art.º 4.º do mesmo diploma), havendo, por essa via, uma **forte probabilidade de tais ilegalidades terem influído no resultado financeiro do contrato**, entendemos não ser de aplicar a faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agostos, mantendo-se, assim, a decisão recorrida.

5. DECISÃO

Termos em que Acordam em negar provimento ao recurso, mantendo-se, assim, a decisão recorrida, nos termos e com os fundamentos supra referidos.



Tribunal de Contas

São devidos emolumentos (n.º 3 do art.º 5.º do Regime anexo ao DL n.º 66/96, de 31 de Maio)

Lisboa, 22 de Setembro de 2008

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes (Relatora)

António Santos Soares

Helena Abreu Lopes

João Figueiredo

O Procurador-Geral Adjunto



ACÓRDÃO n.º 12 /08 – 22SET2008-1.ª S-PL

R.O. N.º 16/2008-SRMTTC

(Processo n.º 23/2008)

Descritores:

- Empreitadas de obras públicas;
- Do alegado vício de inconstitucionalidade resultante da interpretação da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26/8, por aquela interpretação integrar matérias da competência da jurisdição administrativa;
- Do momento da aferição da validade do alvará no Acto público do concurso (art.º 92.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99, de 2/3);
- Da exigibilidade e verificação de habilitações nos concursos de obras públicas (art.º 31.º, n.ºs 1 e 2, do DL 12/2004, de 9/1;
- Da recusa do visto ao contrato, por as ilegalidades verificadas serem susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato (alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26/8).



SUMÁRIO:

- 1.** O Acórdão recorrido, ao ter recusado visto ao contrato com fundamento na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, na interpretação que lhe foi dada – as ilegalidades verificadas serem susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, por daquelas resultar a violação dos princípios da concorrência e da imparcialidade – não incorreu em qualquer vício de inconstitucionalidade, já que daquela interpretação não resultou a apreciação de qualquer litígio emergente de relações jurídicas administrativas (artigos 214.º, n.º 1, da CRP, artigos 1.º, n.º 1 e 4.º do ETAF).
- 2.** Só podem ser excluídos, no Acto público do concurso, e no que se reporta à validade dos alvarás, os concorrentes que não apresentem alvarás válidos - com as especificidades exigidas no Programa do concurso -, até à data do termo fixado para apresentação das propostas;
- 3.** O acto que excluiu concorrentes que estavam na situação referida em 2., por, à data, da deliberação sobre a habilitação dos concorrentes terem os alvarás caducados, está ferido do vício de violação de lei da alínea a) do n.º 2 do art.º 92.º do DL 59/99, de 2 de Março;
- 4.** Da interpretação do art.º 31.º, n.ºs 1 e 2, do DL 12/2004, de 9/1, podemos concluir 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 normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros;
- (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 fizer constar do programa do concurso as duas hipóteses – a do n.º 1 e a do n.º 2 do art.º 31.º – não está a violar qualquer normativo relativo às habilitações exigidas quanto aos empreiteiros. Ou seja, se, no programa do concurso, se disser que, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 1 do art.º 31.º, quer os empreiteiros com as habilitações constantes no n.º 2, podem concorrer.

5. A entidade adjudicante ao admitir apenas os concorrentes titulares de alvará de empreiteiro de obras públicas que contivessem as autorizações da 1.ª Categoria que cobrissem o valor global da sua proposta (...), excluindo, por essa via, os potenciais concorrentes a que se reporta o n.º 1 do art.º 31.º do referido diploma, violou o citado n.º 1 do art.º 31.º.

6. As ilegalidades cometidas, designadamente a da violação do art.º 92.º, n.º 2, alínea a), do DL n.º 59/99, de 2/3, da qual resultou a exclusão de 4 concorrentes – entre 6 dos que haviam concorrido –, postergaram de uma **forma séria** os princípios da concorrência, da comparabilidade das propostas (que é um corolário do princípio da



Tribunal de Contas

concorrência), e da igualdade (artigos 10.º e 9.º do DL 197/99 de 8 de Junho, aplicáveis às empreitadas públicas por força do art.º 4.º do mesmo diploma), havendo, por isso, uma forte probabilidade de tais ilegalidades terem influído no resultado financeiro do contrato;

7. Não é, por isso, de aplicar a faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto, mantendo-se, assim, a decisão recorrida de recusa do visto ao contrato.