



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 06/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 23 de Fevereiro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada “*de execução de trinta e sete fogos e arranjos exteriores, em São Gonçalo, Funchal*”, outorgado, em 28 de Outubro de 2009, entre a IHM – Investimentos Habitacionais da Madeira, E.P.E., doravante designada por IHM, e o consórcio “*Mesquita/Mesquita Insular*”, pelo preço de € 2 110 000,00, mais IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, destacam-se da análise efectuada ao correlativo processo os seguintes factos:

- a) Como procedimento tendente à escolha da entidade adjudicatária, seguiu-se, no caso vertente, o concurso público, com o preço base de € 3 000 000,00, sujeito ao regime jurídico constante do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
- b) O anúncio de abertura do concurso foi publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II série, n.º 142, Diário da República, 2.ª série, n.º 144, Jornal da Madeira e Correio da Manhã, todos de 28 de Julho de 2008.
- c) A empreitada foi lançada no regime remuneratório da empreitada por preço global (cfr. o ponto 10.1 do programa do concurso).
- d) Verificou-se que as peças do projecto exibidas no concurso não integravam os mapas-resumo de quantidades de trabalho, contendo, com o grau de decomposição adequado, a quantidade e qualidade dos trabalhos necessários à execução da obra.
- e) A IHM adiantou que “*Todos os trabalhos objecto deste concurso público, quer a nível dos blocos habitacionais, quer a nível dos exteriores, foram devidamente definidos tanto através das peças escritas, como através das peças desenhadas constantes do processo de concurso, não tendo sido, com efeito, apresentados a concurso os mapas resumo das quantidades de trabalho*”.
- f) Verificou-se ainda que o dono da obra fixou, no ponto 6.2. do programa do procedimento, como requisito habilitacional de admissão ao concurso, além do mais, a posse do alvará de “*empreiteiro geral da 1.ª categoria (edifícios de construção tradicional, de acordo com o estabelecido na Portaria n.º 19/2004 de 10 de Janeiro), na classe correspondente ao valor da proposta (...)*”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- g) A IHM explicitou que solicitou a apresentação de alvará de empreiteiro geral da 1.^a categoria em edifícios de construção tradicional porque, “(...) *deste modo, está a possibilitar a que mais concorrentes se possam apresentar a concurso na medida em que, assim, lhes é permitido serem portadores duma subcategoria até duas classes abaixo da que teriam de possuir se se tivesse optado pela exigibilidade contemplada no n.º 1 do art.º 31.º do referido Decreto-Lei. Aqui é exigido uma “única subcategoria mas em classe que cubra o valor global da obra (...) o que impõe habilitações acrescidas aos empreiteiros”.*

II - O Direito

1. Em matéria de direito, a factualidade exposta suscita duas questões: a primeira prende-se com o incumprimento da regra do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, por força da qual, nos concursos de obras públicas, “*deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra*”; a segunda consiste em apurar se, face aos normativos do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, foi, ou não, legal a actuação da IHM de não disponibilizar no concurso o mapa de quantidades de trabalhos.

Invertendo a ordem das questões, dir-se-á de imediato que a entidade adjudicante deve proporcionar aos interessados um amplo e exacto conhecimento do conteúdo e significado económico-financeiro das obrigações a assumir, cumprindo definir com rigor as responsabilidades inerentes à execução da obra, de modo a garantir a consecução do interesse público concreto, e a criar reais condições de concorrência.

Estas linhas orientadoras estão presentes no regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que temos vindo e vamos continuar a citar, ao abrigo do qual se lançou a empreitada em apreço, e que foi entretanto revogado pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, cujo artigo 1.º aprovou o Código dos Contratos Públicos.

Desde logo, os elementos que servem de base ao procedimento - o projecto, o caderno de encargos e o programa do concurso, com a modelação de índole técnica e jurídica ditada pelo dono da obra, e com a qual se há-de conformar a prestação contratual do concorrente escolhido - definem o objecto material do futuro contrato de empreitada.

Existe, neste domínio, uma verdadeira identidade entre o objecto do contrato e o objecto do concurso público. Por isso, consideram-se integrados no contrato, em tudo quanto por ele não for explícita ou implicitamente contrariado, o projecto, o caderno de encargos e os demais elementos patentes no concurso e, bem assim, todas as peças referidas no título contratual (cfr. os artigos 62.º e 117.º do Decreto-Lei n.º 59/99).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Donde decorre que, no plano externo, aquele em que a entidade adjudicante se relaciona com os particulares, a obra posta a concurso é definida pelas peças patenteadas, isto é, pela natureza e volume dos trabalhos nelas previsto. Daí justificar-se que, no caso de o projecto ser da autoria do dono da obra, este seja o único responsável por todas as inexactidões neles existentes (cfr. os artigos 37.º e 38.º do Decreto-Lei n.º 59/99).

A responsabilização do dono da obra pela exactidão dos elementos que patenteia, fazendo recair sobre ele os riscos dos seus erros de previsão, implica que, em momento anterior ao lançamento do concurso, deve preocupar-se em avaliar e determinar, com a precisão possível, os meios que são necessários à realização da empreitada, o que só se consegue pela confirmação dos elementos do respectivo projecto de execução.

Acresce que a opção pela empreitada por preço global, como no caso vertente, pressupõe a fixação prévia do valor do contrato, do montante a pagar ao empreiteiro, pela realização de todos os trabalhos necessários à execução da obra, ou parte, objecto do contrato, dado que esta modalidade está reservada para aquelas obras cujos projectos permitem conhecer a natureza e as quantidades dos trabalhos a executar, bem como os custos dos materiais e da mão-de-obra a empregar - n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

Em acolhimento destas proposições, dispõe o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 59/99 que “*O dono da obra definirá, com a maior precisão possível, nos elementos escritos e desenhados do projecto e no caderno de encargos, as características da obra e as condições técnicas da sua execução, bem como a qualidade dos materiais a aplicar, e apresentará mapas-resumo de quantidades de trabalhos*” (destaque nosso).

Quanto às peças do projecto, o artigo 63.º do mesmo diploma preceitua no n.º 1 que “*serão as suficientes para definir a obra (...)*”, e na alínea b) do n.º 2 estatui que das peças escritas devem constar “*Folhas de medições discriminativas e referenciadas e respectivos mapas-resumo de quantidades de trabalhos contendo, com o grau de decomposição adequado, a quantidade e qualidade dos trabalhos necessários para a execução da obra*” (destaque nosso).

Face à clareza dos preceitos legais antes invocados, temos, assim, que, regra geral, e muito particularmente na empreitada por preço global, a entidade adjudicante só apela à concorrência depois de ter previamente concebido a obra que o empreiteiro executará, e de haver delimitado o objecto do contrato, ou seja, a natureza, o volume e as características técnicas dos trabalhos a executar.

Do lado dos concorrentes, a doutrina mais autorizada em matéria de contratação pública acentua que as propostas apresentadas pelos particulares, além de manifestarem a intenção de estes se tornarem concorrentes no concurso em causa, comportam



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

declarações negociais num duplo sentido: os concorrentes, por um lado, preenchem “*cláusulas deixadas em branco*” nas diversas peças do procedimento (programa do concurso e caderno de encargos), e, por outro lado, assumem a obrigação de contratar se o referido “*preenchimento*” for escolhido pela entidade pública – cfr. Margarida O. Cabral, *in O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1997, p. 261 e segs., e Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p. 701.

Assim, os interessados, a partir do momento em que entregam propostas, manifestam a sua vontade de contratar, indicando nelas as condições em que se dispõem a fazê-lo, através do preenchimento de determinados elementos deixados em aberto pela entidade adjudicante, nomeadamente o preço e o prazo, e sobre os quais eles se pronunciaram em regime de concorrência (cfr. o artigo 72.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99).

Para o efeito, os concorrentes devem, além do mais, apresentar com as suas propostas as listas de preços unitários que lhes hajam servido de base, tendo sempre por referência o ordenamento dos mapas-resumo exibidos no procedimento adjudicatório, de onde constam as espécies e quantidades de trabalho da obra posta a concurso – cfr. os artigos 22.º e 73.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 59/99.

Serve isto para dizer que a IHM não podia lançar o concurso sem primeiro verificar se o mapa de quantidades havia sido elaborado e integrava as peças do projecto de execução a exhibir no concurso. Com efeito, não se pode exigir dos potenciais destinatários que, por iniciativa própria, revejam e procedam às medições do projecto, pois esta solução não se harmoniza, nem com a sua posição pré-contratual, nem com a ideia de concurso, tal como surge delineada na lei.

A IHM desvaloriza a situação descrita argumentando que “(...) *o projecto relativo a este empreendimento foi elaborado pelos técnicos da IHM que, tendo acompanhado ao longo de vários anos a vivência em bairros sociais, tiveram a preocupação de fazer contemplar neste conjunto habitacional toda a experiência acumulada nesta área tão particular que é a habitação social (...)*”.

Obviamente que o Tribunal de Contas não pode aceitar semelhante explicação, porque, desde logo, a invocada “*experiência acumulada*” não encontra sustentação mínima nos critérios jurídicos fornecidos pelas disposições acima citadas, à luz das quais a questão de direito deve ser resolvida.

Como também não há razão para assim argumentar sob o ponto de vista estritamente técnico e financeiro, porquanto não se percebe como é possível desvalorizar a utilidade do mapa de quantidades, sugerindo implicitamente a sua dispensabilidade face à “*experiência*”



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

acumulada”, e depois fixar o preço base do concurso em € 3 000 000,00 e o mercado responder com valores substancialmente inferiores (no caso da adjudicatária menos € 890 000,00).

De facto, por maiores esforços que possam ser feitos, não se consegue, minimamente que seja, vislumbrar a presença de tal “*experiência acumulada*” na fixação do preço base do concurso, o qual, atento o que se passou no concurso, não foi referência nem bitola para os valores das propostas apresentadas (ver o artigo 107.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 59/99).

O que sobressai, isso sim, é que essa experiência, em vez de garantir rigor na elaboração das peças técnicas da obra, como seria expectável, não impediu que o respectivo projecto fosse aprovado e posto a concurso sem ter sido detectada a falta do mapa de quantidades, de crucial importância na empreitada por preço global, e não só.

Em conclusão, invocar a mencionada experiência mais não é do que uma tentativa de justificação do injustificável, pelo que a IHM, ao não ter exibido no concurso o mapa de quantidades, ofendeu o preceituado nos artigos 9.º, 10.º e 63.º, n.º 2, al. b), todos do Decreto-Lei n.º 59/99.

Uma última nota para referir que o Código dos Contratos Públicos sanciona idêntica factualidade com a nulidade do caderno de encargos, por imperativo decorrente da alínea b) do n.º 8 do artigo 43.º do citado Código.

2. A outra questão que emerge da matéria de facto remete para o campo de aplicação do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da actividade da construção, em cujo artigo 3.º, al. j), define o «alvará» como o “*documento que relaciona todas as habilitações detidas por uma empresa*”.

Com isso, deixa subjacente o princípio de que as obras públicas e a construção civil em geral devem, como regra, ser executadas por industriais que preencham requisitos de idoneidade moral, de capacidade técnica, económica e financeira e de formação ou experiência profissional, necessários à garantia da boa execução das obras (cfr. o preâmbulo e o art.º 7.º).

O exercício da actividade de empreiteiro ou construtor no mercado de obras públicas, com a consequente possibilidade de acesso ao procedimento em que se adjudique um acto ou contrato respeitante ao exercício dessa actividade, está, portanto, dependente de os interessados disporem de um título comprovativo do reconhecimento público da sua capacidade e idoneidade para actuarem nesse domínio, cujo período de validade abrange, em princípio, um ano civil.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Mais especificamente, o artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, sob a epígrafe “*Exigibilidade e verificação das habilitações*”, dispõe 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.”

Nos presentes autos, deu-se conta que o dono da obra circunscreveu, no ponto 6.2. do programa do concurso, o universo destinatário do procedimento aos titulares de alvará de empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios de construção tradicional na 1.ª categoria, e na classe correspondente ao valor da proposta, impedindo, assim, de concorrer os empreiteiros habilitados nos termos do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004.

Para justificar esta actuação, a IHM perfilha a tese de que o n.º 1 do artigo 31.º do referido Decreto-Lei, por exigir uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, “*(...) impõe habilitações acrescidas aos empreiteiros*”.

O Tribunal de Contas já teve ocasião de se pronunciar, por diversas vezes, sobre a interpretação do acima reproduzido art.º 31.º, tendo aqui inteira pertinência trazer à colação a jurisprudência reiteradamente afirmada pela 1.ª Secção do Tribunal, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 119/05 – 21 – JUN. – 1.ª S/SS, 126/05 – 28 – JUN. – 1.ª S/SS, e 9/06 – 9 – JAN. – 1.ª S/SS, proferidos nos processos n.ºs 669/05, 1069/05 e 2452/05, respectivamente, da qual se extrai, sem margem para dúvidas, que o n.º 1 do artigo 31.º fornece o critério legal que deve nortear a actuação do dono da obra no lançamento de uma empreitada.

Na verdade e desde logo, é tudo menos seguro que o mencionado art.º 31.º outorgue, seja em que medida for, ao dono da obra a livre decisão de usar indistintamente o n.º 1 e o n.º 2, em função do circunstancialismo da obra concreta. Com efeito, como bem se escreve no Acórdão citado em último lugar, “*só o n.º 1 do art.º 31 estatui o que deve ser exigido, por parte do dono da obra, no que se reporta às habilitações do empreiteiro ou construtor*”. (...). “*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*”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Quer isto dizer o seguinte, continuando a citar aquele Acórdão: “(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 1 do art.º 31.º”.

Temos, pois, e em resumo, que a entidade adjudicante, nos procedimentos de adjudicação de obras públicas, só pode exigir, no que concerne às autorizações do alvará do empreiteiro que pretenda contratar com o Estado ou com outras entidades adjudicantes, uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra a executar, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo. Em paralelo, e relativamente aos restantes trabalhos da empreitada posta a concurso, podem ser exigidas outras subcategorias na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem.

Em correspondência, a linha jurisprudencial seguida pelo Tribunal de Contas, tanto na 1.ª Secção, como na Secção Regional da Madeira, tem acentuado que, no âmbito do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, estamos perante um requisito imposto em norma própria do procedimento adjudicatório, como condição necessária da admissão a concurso, o qual é impeditivo de que a entidade adjudicante não só contrate com empresas que não disponham de alvará de empreiteiro ou construtor com as autorizações necessárias para a execução da obra, como também fixe ou exija, por via regulamentar, requisitos habilitacionais superiores, ou inferiores, aos legalmente determinados.

De momento, não havendo argumentos novos, cabe reiterar essa jurisprudência e aplicá-la à situação em apreço, dando por adquirida a violação do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004. A seguir-se outro entendimento, estaríamos a introduzir um factor inibidor da concorrência que o legislador quis fomentar quando editou aquela norma, onde teve certamente em vista o incremento de uma efectiva concorrência no sector das empreitadas de obras públicas, e possibilitar a abertura do mercado às pequenas e médias empresas.

Tudo em benefício do princípio da concorrência, que impede a Administração de dificultar o acesso de determinados candidatos ao concurso, a fim de assegurar a competição na disputa do contrato entre o maior número possível. E o mesmo não pode deixar de considerar-se igualmente válido na perspectiva do interesse público, pois é sabido que quanto maior for o número de propostas contratuais, mais possibilidades de escolha tem a entidade adjudicante.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

3. Importa agora avaliar as consequências, em sede de fiscalização prévia, advindas das ilegalidades consubstanciadas na inobservância do disposto nos artigos 9.º, 10.º e 63.º, n.º 2, al. b), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e no art.º 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, tendo presente que o acto administrativo inválido é, como regra, anulável, desde que, como no caso das referidas ilegalidades, não exista disposição legal que directamente imponha a sanção da nulidade, à luz do direito aplicável.

A ilegalidade decorrente da violação das normas dos artigos 9.º, 10.º e 63.º, n.º 2, al. b), do Decreto-Lei n.º 59/99, pode integrar o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, por se mostrar susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, na medida em que a falta do mapa de quantidades pôs em causa a credibilidade do preço base do concurso e das listas de preços unitários dos empreiteiros concorrentes, incluindo a da adjudicatária, quanto à completa definição dos trabalhos necessários à conclusão da obra e à fixação do preço global da empreitada.

A mesma conclusão é válida para a ilegalidade proveniente da ofensa ao artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, a configurar-se a hipótese de, a partir da leitura do ponto 6.2. do programa do procedimento, poderem alguns dos destinatários do concurso ter-se absterido de concorrer, por não serem detentores de alvará na categoria exigida, originando a diminuição do número de propostas recebidas pelo dono da obra.

Todavia, e não obstante a mera susceptibilidade da alteração do resultado financeiro do contrato constitua motivo suficiente para recusar o visto, pondera-se que não decorre dos autos que algum empreiteiro, potencialmente interessado no contrato, tenha deixado de se apresentar ao concurso por causa das apontadas ilegalidades, ou que estas tivessem levado à exclusão indevida de concorrentes ou de propostas mais vantajosas nomeadamente do ponto de vista financeiro, advindo daí prejuízos para interesses públicos ou particulares. Só hipoteticamente tal é admissível.

E neste quadro circunstancial, o Tribunal considera ajustado à presente situação o uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato em apreço, com as seguintes **recomendações** à IHM – Investimentos Habitacionais da Madeira, E.P.E., no sentido de que em futuros procedimentos:



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- a) Observe o preceituado no artigo 43.º, n.º 4, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, fazendo acompanhar o projecto de execução de uma lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades;
- b) Cumpra o disposto no n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, relativamente à exigência habilitacional das autorizações do alvará.

São devidos emolumentos, no montante de € 2 110,00.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 23 de Fevereiro de 2010.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)