



DECISÃO N.º 23/2024-FP-SRMTC

Data: 01/04/2024

Processo n.º 136/2023-FP-SRMTC

Relator: Juiz Cons.º Paulo H. Pereira Gouveia



12.

Sessão Semanal Extraordinária
Processo (de fiscalização prévia) n.º 136/2023-FP-SRMTTC
Informado: relatório interno n.º 9/2024/FP/AC

DECISÃO N.º 23/2024-FP-SRMTTC

I – INTRODUÇÃO

O MUNICÍPIO DA PONTA DO SOL submete à fiscalização prévia do Tribunal de Contas:

- o contrato de empreitada de obra pública designado «“Execução de Abastecimentos de água e saneamento -lotes” – Lote I – Caminho do Cabouco e Estrada dos Lemes/Caminho do Topo do Salão (águas e saneamento)», outorgado entre o Município da Ponta do Sol e a empresa AFAVIAS – Engenharia e Construções S.A., a 30 de outubro de 2023, pelo preço contratual de 1 055 451,50€ (s/IVA).

A entidade requerente, como consta do presente processo, pronunciou-se sobre as questões a resolver colocadas pelo tribunal e abaixo analisadas.

Nada impede o conhecimento do objeto deste processo de fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas.

*

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - FUNDAMENTOS DE FACTO: OS FACTOS RELEVANTES¹ PROVADOS

Com base nos documentos juntos ao presente processo e para o que aqui interessa, está provada a seguinte matéria de facto:

¹ Para a concreta decisão organicamente jurisdicional a tomar aqui.

Não se trata dos factos (provados e não provados) como num processo de partes ou materialmente jurisdicional; com efeito, o processo de fiscalização prévia do Tribunal de Contas de Portugal, sendo, como as auditorias, um processo organicamente jurisdicional [como é evidente: vd. assim os artigos 202.º, 209.º n.ºs 1 e 214.º da CRP, bem como o Ac. do TConst n.º 787/2023: “Assim, ao exercer as suas competências de controlo financeiro e avaliação da boa gestão dos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas não está a atuar fora do âmbito jurisdicional com que o legislador constituinte o desenhou, pois é opção da Constituição erigir o controlo da gestão das verbas públicas (nas várias vertentes, avaliação da legalidade, da boa gestão e da responsabilidade financeira] numa verdadeira jurisdição financeira e em atribuir o exercício desta a um Tribunal independente – o Tribunal de Contas”], não é um processo de lide (ou contencioso, ou materialmente jurisdicional).



1) Em 27 de abril de 2023, mediante deliberação de reunião de Câmara, foi autorizada, e aprovada por unanimidade, a abertura de um concurso público, sem publicidade internacional, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 19.º do CCP, para a celebração da empreitada de obra pública “Execução de abastecimentos de água e saneamento – Lotes”, com a referência interna no Município da Ponta do Sol n.º CP/3/2023;

2) O procedimento ora em apreço foi distribuído em três (3) lotes, pelo preço base total de 2 135 706,24€, os quais foram repartidos do seguinte modo (cfr. a cláusula 2.ª do caderno de encargos):

a. Lote I – 1 161 990,52€:

- Caminho do Cabouco e Estrada dos Lemes:

- Águas: 629 864,05€;

- Saneamento: 168 291,30€;

- Caminho do Topo do Salão – Faia:

- Saneamento: 363 835,17€;

b. Lote II – 555 618,12€:

- ER222:

- Saneamento: 204 814,40€;

- Estrada dos Esmeraldos:

- Saneamento: 350 803,72€;

c. Lote III – 418 097,6 60€:

- Estrada dos Salões:

- Águas: 318 968, 80€;

- Saneamento: 99 128, 80€.

3) Efetivamente, de acordo com o artigo 22.º do programa de procedimento, a entidade adjudicante exigiu como documentos de habilitação, para além dos documentos referidos no seu n.º 1, os títulos de alvará e certificado de empreiteiro de obras públicas, emitido pelo Instituto do Mercado da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar, nomeadamente:

a. 6.ª subcategoria (saneamento básico) da 2.ª categoria (vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas;

b. Classes de alvarás:

i. Lote I: classe 4;

ii. Lote II: classe 2;

iii. Lote III: classe 2.

4) O contrato que corporiza o objeto do presente processo de fiscalização prévia (lote I), foi adjudicado a 10 de agosto de 2023, em reunião de Câmara (por unanimidade), à

empresa AFAVIAS Engenharia e Construções, S.A., tendo sido celebrado a 30 de outubro de 2023, pelo preço contratual de 1 055 451,50€.

5) O prazo de execução do instrumento jurídico ora sujeito a visto é de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias consecutivos, a contar da data de consignação, de acordo com o n.º 3 da cláusula 10.ª do Caderno de Encargos, que dispõe que *“[o] prazo de execução da obra começa a contar-se, a partir da data da assinatura do respetivo Auto de Consignação ou ainda na data em que o dono da obra comunique ao empreiteiro a aprovação ou a aprovação parcial do plano de segurança e saúde, caso esta última seja posterior, com observância do disposto no n.º 1, do artigo 362.º, do CCP, mas que nunca poderá ocorrer antes da notificação do Visto ou da Declaração de Conformidade do Tribunal de Contas.”*

6) Os Lotes II e III, adjudicados ao mesmo operador económico, materializam o objeto dos processos de fiscalização prévia n.ºs 137/2023 e 138/2023, respetivamente.

7) O projeto de execução da presente empreitada, datado de 28 de março 2023, e que integra o Caderno de Encargos, foi aprovado por deliberação de reunião de Câmara, a 10 de agosto de 2023, encontrando-se dividido em diversos tomos, relativos às diversas componentes do objeto de cada um dos lotes.

8) O projeto de execução do Lote I, ora em análise, é composto por dois (2) tomos: tomo III (Caminho do Topo do Salão – Faia, Saneamento) e tomo IV (Caminho do Cabouco – Estrada dos Lemes), sendo que este último contém duas partes – uma referente aos trabalhos de saneamento e a outra relativa aos trabalhos de abastecimento de água.

9) Estes projetos de execução, são compostos pelos seguintes volumes: memória descritiva e justificativa e peças desenhadas, mapa de quantidades de trabalho, estimativa orçamental, processo de concurso, plano de segurança e saúde, compilação técnica, plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição.

10) Os documentos em apreço não foram objeto de revisão por entidade devidamente qualificada e distinta do autor.

*

II.2 - FUNDAMENTOS DE DIREITO

O processo de fiscalização prévia do Tribunal de Contas de Portugal, sendo um processo organicamente jurisdicional tal como os demais processos deste órgão de soberania [vd. assim os artigos 202.º, 209.º n.ºs 1 e 214.º da CRP, bem como o Ac. do TConst n.º 787/2023: *“Assim, ao exercer as suas competências de controlo financeiro e avaliação da boa gestão dos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas não está a atuar fora do âmbito jurisdicional com que o legislador constituinte o desenhou, pois é opção da Constituição erigir o controlo da gestão das verbas públicas (nas várias vertentes, avaliação da legalidade, da boa gestão e da responsabilidade financeira) numa verdadeira jurisdição financeira e em atribuir o exercício desta*

a um Tribunal independente – o Tribunal de Contas”], não é um processo de lide ou contencioso (ou materialmente jurisdicional).

A)

Em sede de verificação preliminar, a Câmara Municipal da Ponta do Sol foi interpelada² a justificar a razão pela qual considerou, nos documentos que instruem o presente processo de visto, que a revisão do projeto de execução por entidade devidamente qualificada e distinta do autor, não é aplicável à situação em apreço, considerando o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009 de 03 de julho, na redação conferida pelas Leis n.ºs 40/2015 de 14 de junho (a qual alterou o mencionado preceito) e 25/2018 de 14 de junho.

Nessa sequência, a autarquia em apreço veio esclarecer³, que o projeto de execução não se encontrava sujeito à respetiva revisão por entidade distinta do seu autor, “(...) *pelo facto de estar explanado nas memórias descritivas e justificativas, referentes a cada projeto de execução, que, para efeitos de dimensionamento de caudais hidráulicos, o projetista considerou uma população estimada afeta, no total de 903 habitantes. Foi nessa premissa que o Município, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 11º do Anexo I da Portaria 701-H/2008 de 29 de julho, que à data estava em vigor, enquadrou a empreitada de obra pública de “Execução de Abastecimentos de Água e Saneamento – Lotes”, na categoria I e por esse facto, os projetos de execução não foram objeto de prévia revisão*”, desconsiderando, no entanto, a circunstância de os trabalhos do Lote I integrarem a classe 4 de alvará.

Vejamos.

B)

Segundo o artigo 42.º n.º 1 do CCP, o caderno de encargos é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar e faz parte integrante do contrato (cfr. o n.º 2 do artigo 96.º do CCP). O caderno de encargos constitui uma peça fundamental em qualquer tipo de procedimento pré-contratual e deve respeitar regras impostas nos termos dos artigos 42.º e seguintes do CCP.

² Mediante o ofício n.º S 5264/2023.

³ Através do requerimento n.º 9/2024 de 24/01/2024.



O artigo 43.º do CCP dispõe que o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada deve incluir um projeto de execução.

Por força do n.º 2 do artigo 43.º do CCP – versão de 2012 - é obrigatória a revisão do projeto de execução de determinadas obras por entidade distinta do autor do mesmo:

- “Quando a obra seja classificada, nos termos da portaria prevista no n.º 7, na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o projeto de execução referido no número anterior deve ser objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.”.

Esta obrigação legal consta do n.º 2 do artigo 43.º do CCP desde a aprovação deste pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro, que previa que:

“Quando a obra a executar assumia complexidade relevante ou quando sejam utilizados métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, o projeto de execução referido no número anterior deve ser objeto de prévia revisão por pessoa singular ou coletiva devidamente qualificada para a elaboração desse projeto e distinta do autor do mesmo.”.

Entretanto saiu a Lei n.º 31/2009 de 3 de julho, que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pelas atividades relativas a operações e obras ali especificadas.

Posteriormente, na redação dada ao CCP pelo Decreto-Lei n.º 149/2012 de 12 de julho, o n.º 2 do artigo 43.º passou a prever que

“Quando a obra seja classificada, nos termos do n.º 7, na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3^a de alvará ou em classe superior, o projeto de execução referido no número anterior deve ser objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.”.

Porém, o legislador também determinou que esta alteração ao n.º 2 do artigo 43.º do Código dos Contratos Públicos “(...) só produz efeitos a partir da entrada em vigor do diploma que estabeleça o regime aplicável à revisão do projeto de execução.”

⁴ Atualmente o valor correspondente à classe 3 de alvará para a Região Autónoma da Madeira é entre 560000,00 e 1160000,00€, conforme Portaria n.º 212/2022 de 23 de agosto à qual acresce 40%, por aplicação do DRR n.º 21/85/M de 19 de outubro.



É o que consta expressamente do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 149/2012.

O n.º 2 do artigo 43.º do CCP foi novamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de agosto:

“Quando a obra seja classificada, nos termos da portaria prevista no n.º 7, na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o projeto de execução referido no número anterior deve ser objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.”.

O n.º 7 dispunha e dispõe:

“O conteúdo obrigatório dos elementos referidos nos n.ºs 1 e 3 é fixado por portaria do membro do Governo responsável pela área das obras públicas.”.

A Lei n.º 40/2015 de 1 de junho veio dar uma nova redação ao n.º 2 do artigo 18.º da cit. Lei n.º 31/2009 de 3 de julho, que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pelas atividades relativas a operações e obras ali especificadas:

“2 - Sempre que a obra a executar seja classificada na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o dono da obra pública deve garantir que o projeto de execução seja objeto de revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.”.

Este texto legal foi mantido pela Lei n.º 25/2018 [que procede à segunda alteração da Lei n.º 31/2009 de 3 de julho, que aprova o regime jurídico que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra, que não esteja sujeita a legislação especial, e os deveres que lhes são aplicáveis, e à primeira alteração à Lei n.º 41/2015 de 3 de junho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção.]

A questão que se coloca é de saber se a aplicação do disposto do n.º 2 do artigo 43.º do CCP na redação do DL n.º 149/2012 continua e se continua condicionada à publicação da referida regulamentação sobre a revisão do projeto. **Face à cit. Lei n.º 40/2015 e ao cit. DL n.º 111-B/2017, tudo à luz do artigo 12.º do C.C. Sem esquecer a cit. lei de 2018 e a cit. lei de 2009.**



É que, nos termos do **n.º 8 alínea b) do artigo 43.º do CCP**, o caderno de encargos é nulo, nomeadamente, se for elaborado em violação do disposto no n.º 2 do artigo 43.º (nulidade que é suscetível de sanção nos termos do n.º 9 do artigo 43.º do CCP, que remete para o regime do n.º 2 do artigo 164.º do Código do Procedimento Administrativo que dispõe sobre a “reforma ou conversão”).

PEDRO COSTA GONÇALVES refere que:

“(…) durante algum tempo, suscitou-se a dúvida sobre se a obrigação de revisão do projeto nos termos do artigo 43 n.º 2 seria aplicável na falta de um regime específico sobre a revisão do projeto. Todavia, desde a Lei n.º 40/2015 de 1 de junho, a dúvida perdeu razão de ser, uma vez que esse diploma alterou a Lei n.º 31/2009 de 3 de julho, a qual passou a definir que «sempre que a obra a executar seja classificada na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o dono de obra pública deve garantir que o projeto de execução seja objeto de revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo». Este dever surge aqui, em 2015, prescrito por uma norma legal imediatamente aplicável (…).

“… O anexo I à Portaria n.º 255/2023 confirma isso mesmo, definindo a revisão do projeto, como a análise crítica do projeto e emissão dos respetivos pareceres por outrem que não o projetista e que seja qualificado para o efeito e revisor do projeto, como a pessoa singular ou coletiva devidamente qualificada para a elaboração desse projeto e distinta do autor do mesmo.

“Cabe, pois, à entidade adjudicante promover a revisão do projeto de execução antes de o incluir no caderno de encargos do contrato de empreitada de obras públicas, em princípio por via da contratação de aquisição de serviços de revisão de projeto. (…)⁵.”

Na mesma esteira defende JORGE ANDRADE SILVA⁶ que:

“(…) o n.º 2, visando garantir o rigor na elaboração dos projetos, estabelece a obrigatoriedade de uma reapreciação da valia e viabilidade técnica de um projeto de execução feita por técnico diferente do seu autor sempre que a obra seja classificada na categoria III ou superior ou o preço base seja igual ou superior a 332.00,00, que é o valor mínimo correspondente à classe 3, fixado por Portaria n.º 119/2012 de 30 de abril (na altura) vigente enquanto não for substituída pela anunciada no n.º 7 deste artigo 43.º do CCP (…)

⁵ Cfr. assim PEDRO COSTA GONÇALVES, **Direito dos Contratos Públicos**, 6.ª edição, 2023, Almedina, páginas 521 e 522. E **Ac. do Tribunal de Contas n.º 10/2017-1ªS/PL**.

⁶ Cfr. JORGE ANDRADE SILVA, **Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado**, 11ª edição, revista e atualizada de 2023, Almedina, páginas 213 e 214.



1

O autor escreve ainda que

“(…) Acontece, porém, que posteriormente a Lei n.º 40/2015 de 1 de junho, veio dar uma nova redação ao n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009 de 3 de julho que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pelas atividades relativas a operações e obras ali especificadas. Na sua nova redação, a norma do n.º 2 daquele artigo 18.º reproduz o n.º 2 deste artigo do CCP praticamente de forma textual, também sem condicionar a sua aplicação imediata designadamente à publicação de um diploma regulamentar. Assim parece de concluir que o legislador, numa nova visão do assunto, **optou por não condicionar** a sua aplicação a uma especial regulamentação revogando implicitamente a referida norma do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 149/2012 de 12 de julho e deixando essa regulamentação a cargo da entidade adjudicante, conforme entenda conveniente em cada caso concreto (…).”

Também PEDRO FERNÁNDEZ SANCHÉZ⁷ refere que:

“(…) no entanto, já posteriormente ao diploma de 2012, a Lei n.º 40/2015 de 1 de junho, alterou o regime de qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pelas atividades relativas a determinadas operações e obras, aprovado pela Lei n.º 31/2009 de 3 de julho. Ao fazê-lo, determinou, no n.º 2 do artigo 18.º que «sempre que a obra a executar seja classificada na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou classe superior, o dono da obra pública deve garantir que o projeto de execução seja objeto de revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração distinta do autor do mesmo».

“É evidente que o âmbito aplicativo desta disposição corresponde integralmente ao âmbito definido pelo n.º 2 do artigo 43.º do CCP. Dito de outro modo, o universo de obras que se encontra sujeito a este último preceito do Código é rigorosamente o mesmo que também se subsume ao n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009, na redação dada pela Lei n.º 40/2015. E para esse universo de casos, o legislador emitiu duas sucessivas determinações que apresentam um conteúdo oposto. Na sua pronúncia de 2012, a obrigação de prévia revisão ficava condicionada à emissão de um diploma posterior, na pronúncia mais recente de 2015, esta obrigação é imediata e validamente aplicável a todos os seus destinatários, independentemente de qualquer norma densificadora.

⁷ Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SANCHÉZ, **Direito da Contratação Pública, volume 1, 2021**, reimpressão, AAFDL Editora, páginas 689 a 691.

“Não obstante se reconhecer a censura que deve ser dirigida ao legislador por uma norma tão equívoca, é inevitável aplicar a este conflito normativo a regra geral da interpretação jurídica em cujos termos a Lei posterior revoga a anterior. Tratando se de duas expressões de vontades legislativas opostas entre si, **o critério cronológico tem de ser chamado a atuar na ausência de qualquer outro critério de resolução de antinomias.**

“Dito de outro modo, a obrigação presente no n.º 2 do artigo 43.º não resulta diretamente do disposto no CCP, visto que, no tocante a este, nenhuma norma posterior afastou o condicionamento constante do Decreto-Lei n.º 149/2012. Sucede simplesmente, que um ato dotado de força de Lei, com valor não inferior ao diploma de 2012, expressou uma vontade legiferante oposta à do diploma anterior, eliminando o condicionamento que o anterior legislador tinha querido fixar.

“Dir-se-á que, sem a efetiva entrada em vigor de um diploma que discipline o modo de realização da prévia revisão, os aplicadores terão maiores dificuldades em apreender as exigências que devem cumprir através dessa revisão. Todavia, tal não elimina o sentido da vontade legislativa mais atualizada em 2015. O n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009 na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 40/2015, confere mais autonomia à entidade responsável pela revisão acerca do modo como esta deve ser concretizada, mas não autoriza qualquer margem de liberdade quanto a decidir sobre se a revisão do projeto de execução ocorrerá ou não.

“Em suma, a obrigatoriedade da prévia revisão de projetos abrangidos pelo n.º 2 do artigo 43.º do CCP deve ser considerada hoje plenamente vigente; tal não resulta desse preceito do Código – cuja vigência continua suspensa pela vontade do legislador de 2012, mas sim de um ato legislativo de 2015 que é cronologicamente posterior ao de 2012, que é imediatamente aplicável de modo autónomo em face do CCP e que impõe a sua aplicação incondicionada aos donos de obras públicas (...)”.

Finalmente, PEDRO MATIAS PEREIRA⁸ entende que:

“(…) Da análise que efetuamos resulta claro, a nosso ver, que o n.º 2 do artigo 43.º do CCP, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, continua com os seus feitos suspensos (apesar da alteração técnico legislativa que o Decreto-Lei n.º 111-B/2017 introduziu na mesma norma), de modo que seria de aplicar a redação que resulta da primeira redação do Código (a do Decreto-Lei n.º 18/2008). Desse modo, embora sempre tenha vigorado um princípio de revisão do projeto de execução, a sua obrigatoriedade permaneceria no domínio da discricionariedade técnica do dono da

⁸ PEDRO MATIAS PEREIRA, in: **Empreitada de Obras Públicas, Formação e Execução do Contrato**, AAFDL Editora, Lisboa, 2024, Coordenação Luís Verde de Sousa, **páginas 18 e 19.**



obra pública – responsável pela valoração inerente aos preenchimentos dos conceitos de inovação de complexidade relevante da obra.

“No entanto, o facto de em Lei posterior se ter reproduzido (sem qualquer diferença, de redação relevante) o mesmo comando normativo (mais objetivo) que resultava do Decreto-Lei n.º 149/2012, implica também a nosso ver, que o mesmo seja hoje plenamente vigente, embora não por força do CCP mas sim da Lei n.º 31/2009.

“Com efeito, detetado um conflito entre normas - in casu, o n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 149/2012 (que suspendeu os efeitos da nova redação do n.º 2 do artigo 43.º) e a nova redação do n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009 (que se afigura imediatamente aplicável após a entrada em vigor da Lei n.º 40/2015, que introduziu a nova redação) - e cumprindo utilizar os critérios hermenêuticos aplicáveis a esse tipo de conflitos, o emprego do critério da cronologia, segundo o qual *lex posterior derogat legi priori*, afigura-se-nos imediatamente apto a resolver tal incompatibilidade entre a nova disposição e a regra precedente (cf. n.º 2 do artigo 7.º do Código Civil). De tal modo que ocorreu, com a entrada em vigor da Lei n.º 40/2015, uma revogação tácita (resulta da sobredita incompatibilidade normativa) do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 149/2012.(...).”

É este o nosso entendimento. Como exposto.

Com efeito, a norma que estabelece a obrigatoriedade de revisão do projeto de execução **visa garantir** a boa execução das obras, **salvaguardando-se assim** os interesses financeiros públicos associados aos bons investimentos. A revisão do projeto de execução diminui a probabilidade de ocorrerem erros e omissões, **com impacto ao nível do acréscimo de custo e do prazo de execução das obras.**

Neste sentido, esta ilegalidade - *incumprimento do n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009, na redação dada pela Lei n.º 40/2015* - **mostra-se suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato. Releva desde logo para a al. c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.**

Ora, esta empreitada está no âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009 **na redação dada pela Lei n.º 40/2015.**

Em acordo com a doutrina acima exposta e com a jurisprudência do STA e deste TdC, entendemos que, neste caso concreto, a entidade fiscalizada CMPS deveria ter submetido a revisão o projeto de execução que integra o caderno de encargos do procedimento, nos



1

termos do **n.º 2 do artigo 18.º cit., não estando a sua aplicação condicionada nem dependente da publicação de um diploma que regulamente o âmbito e extensão da própria revisão do projeto de execução. Norma jurídica renovada pela cit. lei de 2018.**

Na sequência deste entendimento, a violação da norma é uma ilegalidade pré-contratual que gera a nulidade do caderno de encargos nos termos e com o fundamento no **artigo 43.º n.º 8 alínea b) do CCP; e gera também, por isso mesmo, a nulidade do próprio contrato nos termos da 1.ª parte do n.º 2 do artigo 284.º do CCP**, na medida em que o caderno de encargos (nulo) faz parte integrante do contrato (cf. o artigo 96.º n.ºs 2, 5 e 6 do mesmo CCP).

Neste último ponto, podemos falar, com VIEIRA DE ANDRADE⁹, em invalidades **comuns** ao contrato e a decisões pré-contratuais (vide ainda GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao CCP*, 2.ª edição, p. 694).

Temos, pois, um fundamento duplo de recusa do visto, ex vi artigo 44.º n.º 3-als. a) e c) do CCP.

Consideramos, ainda, irrelevantes aqui e agora, para efeitos do artigo 44.º n.º 4 da LOPTC, o disposto nos n.ºs 9 e 10 do artigo 43.º do CCP. Com efeito, trata-se apenas de uma mera eventual e incerta sanção futura da ilegalidade do caderno de encargos já submetido ao controlo deste tribunal.

Mais: a exigente al. b) do n.º 10 do artigo 43.º refere-se ao caderno de encargos. E não ao contrato. **Assim, celebrado o contrato, não tem sentido invocar a hipótese ou eventualidade prevista naquela al. b).**

Acima de tudo, a norma que estabelece a obrigatoriedade de revisão do projeto de execução por entidade qualificada para a sua elaboração, diferente do seu autor, visa garantir a boa execução das obras, diminuindo a probabilidade de ocorrerem erros e omissões, com impacto ao nível do acréscimo do custo e do prazo de execução das obras. Neste sentido, a ilegalidade detetada mostra-se suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui, como já afirmado, fundamento de recusa de visto ao contrato em apreço, nos termos previstos na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

⁹ Cfr. **Estudos de Contratação Pública, Vol. II**, 2010, p. 28.



Não ponderamos o disposto no artigo 44.º n.º 4 da LOPTC (visto com recomendação), (i) sem prejuízo da enorme importância do n.º 2 do artigo 43.º do CCP, (ii) porque sobreleva o previsto na al. a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, **por força de nulidade comum do contrato e do caderno de encargos integrável no início do proémio do n.º 2 do artigo 284.º do CCP.**

E é tao intensa a importância desta regra que se cai também na nulidade do contrato para efeitos da al. a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, ex vi 1ª parte do proémio n.º 2 do artigo 284.º do CCP (cf. ainda o artigo 96.º n.ºs 2, 5 e 6 do mesmo CCP¹⁰).

Já o afirmámos em duas decisões recentes.

C)

A ilegalidade detetada no âmbito da apreciação do processo de visto em referência, consubstanciada na inobservância do preceito legal identificado, **indicia, neste processo organicamente jurisdicional não contencioso, um ilícito financeiro enquadrável** na previsão normativa da al. l) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 65.º da LOPTC, que contempla a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando estejam em causa, designadamente, a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública.

Os **indiciados responsáveis** pela prática da infração financeira assinalada, nos termos do artigo 61.º n.ºs 1 e 4 da LOPTC, aplicável *in casu* por força do disposto no art.º 67.º n.º 3 do mesmo diploma, são:

-A Presidente da CMPS, Célia Maria da Silva Pessegueiro,

-o Vice-Presidente da CMPS, Sidónio da Luz dos Ramos Pestana, e

¹⁰ 2 - Fazem sempre parte integrante do contrato, independentemente da sua redução a escrito: a) Os suprimimentos dos erros e das omissões do caderno de encargos identificados pelos concorrentes, desde que esses erros e omissões tenham sido expressamente aceites pelo órgão competente para a decisão de contratar; b) Os esclarecimentos e as retificações relativos ao caderno de encargos; c) O caderno de encargos; d) A proposta adjudicada; e) Os esclarecimentos sobre a proposta adjudicada prestados pelo adjudicatário.

5 - Em caso de divergência entre os documentos referidos no n.º 2, a prevalência é determinada pela ordem pela qual são indicados nesse número.

6 - Em caso de divergência entre os documentos referidos no n.º 2 e o clausulado do contrato, prevalecem os primeiros, salvo quanto aos ajustamentos propostos de acordo com o disposto no artigo 99.º e aceites pelo adjudicatário nos termos do disposto no artigo 101.º.

-os vereadores da CMPS José Gualberto Mendonça Fernandes, Lino Horácio Rocha Pita e Cláudia Lira Canha,

que aprovaram as peças do procedimento e autorizaram a abertura do mesmo por deliberação datada de 27 de abril de 2023 e adjudicaram o procedimento por deliberação de reunião de Câmara datada de 10 de agosto de 2023;

-O técnico que elaborou as peças do procedimento pré-contratual em causa, que padecem da ilegalidade observada, nomeadamente o Chefe de Divisão da Divisão de Gestão de Recursos José Carlos Varela¹¹, e outros cuja identificação não sobressai do processo de visto em análise.

Mas não são conhecidas censuras e/ou recomendações dirigidas (i) à CMPS e (ii) àqueles servidores públicos no domínio da questão legal suscitada neste documento. Além de estarmos no âmbito de uma legislação pouco clara.

Face ao que antecede, avalio a relevância da infração detetada, sopesando, designadamente, a possibilidade de a relevar, porque estão verificados os três pressupostos cumulativos elencados nas **als. a), b) e c) do n.º 9 do art.º 65.º da LOPTC¹²**.

Ora, considerando (i) tal verificação dos três pressupostos, bem como (ii) a natureza da omissão cometida (num contexto de alterações legislativas pouco claras), é de relevar a indiciada responsabilidade financeira sancionatória.

*

III – DISPOSITIVO

Pelo exposto, (i) ao abrigo das disposições legais citadas, **(ii)** do n.º 4 do artigo 214.º da Constituição, **(iii)** dos artigos 44.º a 46.º, 80.º a 82.º, 105.º n.º 1 e 106.º da LOPTC e ainda **(iv)** do artigo 80.º n.º 1-al. a) do RTC como publicado no D.R., **o Tribunal de Contas**

¹¹ Informação n.º INFT/89/2023, de 27 de abril, relativa à decisão de contratar.

¹² A 1.ª e 2.ª Secções do Tribunal de Contas - bem como as Secções Regionais nos processos de fiscalização - podem relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa quando:

a) Se evidenciar suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência;
b) Não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado;
c) Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática.

decide (1º) recusar o visto prévio ao citado contrato e (2º) relevar as responsabilidades financeiras indiciadas.

Os emolumentos legalmente devidos são no montante de 20,60 euros.

Registe e notifique (também ao Ministério Público).

Publicite-se oportunamente na *Intranet* e no sítio do tribunal na *Internet*.

SRMTC, Funchal, Região Autónoma da Madeira, 01-04-2024 (em férias judiciais).

O JUIZ CONSELHEIRO

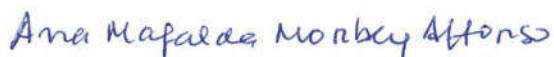
DA S.R.M.T.C.



(Paulo H. Pereira Gouveia)

Participei na sessão.

A ASSESSORA



(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

Participei na sessão.

O ASSESSOR



(Alberto Miguel Faria Pestana)