



ACÓRDÃO Nº 3 /04 – 9 MARÇO -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 4/2004

(Processo nº154/2003-SRM)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

- I. A existência de uma cláusula no caderno de encargos que obriga os concorrentes a cederem uma viatura automóvel destinada à deslocação da fiscalização viola o disposto, para além do mais, nos artºs 1º nº1 e 2º nº3 do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março e integra o fundamento de recusa do visto previsto no artº 44º nº3 alínea c) da Lei 98/97 de 26 de Agosto.

- II. O artº12º do Decreto Regulamentar Regional nº4/2002/M, publicado no Diário da República, 1ª Série-B, de 13 de Fevereiro, é uma norma de natureza inquestionavelmente financeira pelo que a sua violação integra o fundamento de recusa do visto previsto no artº 44º nº3 alínea b) da referida Lei 98/97.

Lisboa, 9 de Março de 2004

O Juiz Conselheiro

(Ribeiro Gonçalves)



ACÓRDÃO Nº 3 /04 – 9 MARÇO - 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 4/2004

(Processo nº154/2003-SRM)

ACÓRDÃO

I. RELATÓRIO

1. Pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, em 11 de Dezembro de 2003, foi proferida a decisão nº 45/FP/2003, que recusou o visto ao contrato de empreitada de construção de setenta e nove fogos, infra-estruturas e arranjos exteriores em Santo Amaro – Santo António – Funchal, celebrado, no dia 2 de Outubro de 2003, entre o Instituto de Habitação da Madeira e o Consórcio externo constituído pelas Sociedades Construtora do Lena, S.A, e Sousa e Filhos, S.A., pelo preço de €3.897.032,14, sem IVA.

2. Os fundamentos para a recusa do visto foram:

A) A nulidade (artº 44º nº 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto) por violação das normas dos artºs 1º nº1 e 5º nº1 do Decreto-Lei nº59/99 de 2 de Março e tendo em conta o disposto no artº 133º nº1 do Código do Procedimento Administrativo;

B) A violação directa de norma financeira (artº 44º nº3 alínea b) da referida Lei 98/97) por inobservância do disposto no artº 12º do Decreto Regulamentar Regional nº4/2002/M de 13 de Fevereiro.



Tribunal de Contas

Ambos os fundamentos se prendem com o facto de o contrato em apreço (empreitada) ter sido utilizado para o fornecimento de veículo destinado a garantir a fiscalização.

3. Não se conformou com a decisão o Sr. Presidente do Conselho Directivo do I.H.M., que dela interpôs o presente recurso, tendo formulado, no seu requerimento, as seguintes conclusões:

1. A errónea interpretação que o IHM adoptou da norma ínsita na Portaria nº104/2001, de 21 de Fevereiro, e que em empreitadas lançadas posteriormente corrigiu, não colocaram objectiva e concretamente, de forma consistente o resultado financeiro do contrato, devendo numa ponderação razoável e proporcionada aos objectivos da norma e aos seus fins e numa óptica de proporcionalidade, não ser considerada uma nulidade susceptível de fundamentar a recusa de visto.
2. Quanto à cedência pelo empreiteiro e para uso temporário da viatura, com vista à fiscalização da obra, à semelhança do que consta nos demais equipamentos e utensílios (escritório equipado- ponto 12.1.1 das cláusulas complementares do caderno de encargos) a mesma não deve configurar outrossim uma descaracterização do contrato de empreitada, e conseqüente a alegada alteração do resultado financeiro do contrato, ao que acresce o facto da apreciação e decisão que o Tribunal fez sob esta questão concreta assenta em factos objectivamente não correctos, – pois não atentou nem se pronunciou em todo o conteúdo da prescrição ínsita no caderno de encargos que completa a referida disponibilidade da viatura, tão só até a recepção provisória, sendo que os custos da manutenção são suportados pelo dono da obra.

Termos em que se deverá considerar procedente o presente recurso, revogando a decisão recorrida como é de DIREITO E DE JUSTIÇA:



Tribunal de Contas

4. O recurso foi admitido liminarmente e cumpridas as demais formalidades legais. Ao ter vista do processo o Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu duto parecer no sentido da manutenção da decisão recorrida.

II. OS FACTOS

Do processo resulta apurada a seguinte factualidade com interesse para a decisão a proferir:

1. O instrumento jurídico sujeito a fiscalização prévia é o contrato de empreitada de construção de setenta e nove fogos, infra – estruturas e arranjos exteriores em Santo Amaro – Santo António – Funchal, celebrado, no dia 2 de Outubro de 2003, entre o Instituto de Habitação da Madeira e o consórcio externo constituído pela Sociedades Construtora do Lena, S.A., e Sousa e Filhos, S.A., pelo preço de €3.897.032,14, sem IVA.
2. O procedimento adoptado para a escolha do consórcio referido no nº anterior foi o concurso público, sujeito à disciplina normativa do Decreto-Lei nº59/99 de 2 de Março.
3. A empreitada é por preço global e tem o prazo de execução de 12 meses, a contar da data de assinatura do auto de consignação dos respectivos trabalhos, ocorrida em 20 de Outubro último.
4. Para efeitos de avaliação da capacidade técnica dos concorrentes foi exigido, na alínea a) do ponto 19.4 do programa do concurso,



Tribunal de Contas

aos potenciais interessados que fizessem “Comprovação da execução de, pelo menos, uma obra de idêntica natureza da obra posta a concurso, de valor não inferior a 4.800.000€ (quatro milhões e oitocentos mil Euros)”.

5. O preço base do contrato foi fixado, no ponto 14 da mesma peça concursal em €4.750.000.

6. Sob a epígrafe “Instalações e Equipamentos para a Fiscalização” estabeleceu-se no ponto 12 das cláusulas complementares do caderno de encargos:

“12.1- Compete ao empreiteiro a construção, fornecimento de equipamentos e manutenção das instalações para a fiscalização no local da obra, desde o início até à recepção provisória da mesma, revertendo ao empreiteiro todo o equipamento nessa altura.

12.1.1- Escritório em compartimento autónomo com área mínima de 10m² com iluminação natural e eléctrica, fornecido com três chaves e equipado com uma secretária metálica com 1,20m de comprimento e bloco de gavetas, mesa de reunião para 6 pessoas incluindo cadeiras, um armário com prateleiras e portas metálicas de 1,50x1,50x0,44, uma placa de parede para fixação com 2,00x1,00m, um telefone/fax ligado à rede dos CTT.

12.1.2- Viatura automóvel nova (0 KM tipo ligeiro de passageiros com 5 lugares, combustível - gasóleo, cilindrada mínima - 1896 cm³, potência mínima 110 CV, motor Turbo Diesel, portas - 5”.



7. O Instituto de Habitação da Madeira já anteriormente (pela decisão da Secção Regional da Madeira deste Tribunal nº18/FP/2002 de 3 de Outubro) fora alertado para a ilegalidade de uma cláusula semelhante à referida no nº anterior em 12.1 e 12.1.2.

8. Apresentaram-se ao concurso quatro empresas, havendo todas elas sido admitidas e as respectivas propostas, tendo a escolha do Instituto de Habitação da Madeira recaído sobre a proposta do consórcio co-contratante, classificada em primeiro lugar, na sequência da aplicação dos factores do critério de adjudicação previamente fixado no procedimento.

9. Ao contrato em apreço foi recusado o visto pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, em 11 de Dezembro de 2003 (Decisão nº45/FP/2003).

III. O DIREITO

Come já foi referido os fundamentos para a recusa do visto foram os previstos no artº 44º nº 3 alíneas a) e b) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (nulidade e violação directa de norma financeira), ambos relacionados com o teor dos pontos 12.1 e 12.1.2 do caderno de encargos (atrás, na matéria de facto, transcritos no nº 6).

Dito por outras palavras foi o facto de se impor aos concorrentes o fornecimento de veículo destinado a garantir a fiscalização que conduziu à recusa do visto.

Nenhum outro facto foi invocado, na decisão recorrida, para fundamentar a recusa do visto.



Tribunal de Contas

Certo que no texto da decisão, a dada altura, se alude à matéria de facto atrás transcrita nos nºs 4 e 5, dizendo-se que tal viola o disposto na Portaria nº104/2001 de 21 de Fevereiro, podendo, pelo menos em abstracto, ter potenciado a alteração do resultado financeiro do contrato, através de uma restrição do universo dos concorrentes, sendo, por isso, passível de integrar o fundamento de recusa do visto enunciado na alínea c) do nº3 do artº 44º da referida Lei nº98/97.

Porém, na parte decisória, não se faz qualquer alusão a tal ilegalidade, pelo que a mesma não é de apreciar aqui, dado que não serviu de fundamento à decisão.

Pela mesma razão, e reportando-nos agora ao requerimento de interposição de recurso, não temos de apreciar a 1ª parte e bem assim a conclusão 1., atrás transcrita. Tendo em conta o teor da conclusão sempre se dirá que em sítio nenhum da decisão se considerou que tal ilegalidade conduziu à nulidade e nem sequer, repete-se, se considerou a mesma como fundamento da decisão tomada de recusa de visto de que ora se recorre.

Do exposto se concluindo que o acerto ou não da decisão recorrida se há-de aferir, exclusivamente, tendo em conta a matéria de facto alusiva ao fornecimento do veículo destinado a garantir a fiscalização e às consequências jurídicas que de tal facto se devem retirar.

Sobre este facto, é dito na decisão recorrida que “os elementos disponibilizados pelo processo são inconclusivos quanto aos contornos específicos da obrigação assumida pelo contraente particular, designadamente no concernente à definição do direito de propriedade sobre a viatura...”.

Por nossa parte e tendo em conta a referida cláusula do caderno de encargos, atrás transcrita, não nos restam grandes dúvidas quanto a esta matéria. A viatura, bem como o restante material, são colocados à disposição da fiscalização mas continuam propriedade do empreiteiro.



Tribunal de Contas

Pode haver alguma incorrecção ou imprecisão na forma de expressão (o que aliás é admitido pelo recorrente) mas, considerando o conjunto da cláusula, entendemos que a propriedade de tais bens nunca passa para o dono da obra.

E, sendo assim, quid juris?

Damos como certo que tal cláusula viola o disposto, para além de mais, nos artºs 1 nº1 e 2 nº3 do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março.

De facto, não faz parte do conceito de empreitada o empreiteiro por à disposição do dono da obra um veículo destinado a ser utilizado pela fiscalização. É o que resulta das referidas disposições e bem assim dos artºs 178º e 184º do mesmo diploma legal. A fiscalização da empreitada é algo que compete ao dono da obra, cujos custos deve suportar de forma autónoma, não podendo nem devendo ser incluídos nos custos da empreitada. Para além disso diga-se ainda que não se vislumbra que a empreitada em apreço justifique que seja colocada à disposição da fiscalização, em permanência, uma viatura e, muito menos, com as características que foram exigidas.

Estamos, portanto, perante uma ilegalidade.

E será que esta ilegalidade conduz à nulidade do contrato?

Quanto a esta questão entendemos que não.

Ou seja, consideramos que esta ilegalidade não tem a potencialidade de desvirtuar ou descaracterizar, na sua essência, o contrato de empreitada, pelo que não consideramos correcto invocar para a situação sub judice o disposto no artº 133º nº1 do Código do Procedimento Administrativo. Nesta parte discordando do dito na decisão recorrida.

Porém uma coisa é certa e essa é que a ilegalidade existe e que a mesma não só é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato como de facto o alterou.



Tribunal de Contas

É que o preço com a viatura encontra-se diluído nos restantes preços e, por isso, é indubitável que fez aumentar o preço da empreitada e, por conseguinte, alterou o resultado financeiro do contrato.

Do exposto resultando que se verifica o fundamento de recusa do visto previsto no artº 44º nº3 alínea c) da referida Lei 98/97. Não sendo oportuno fazer uso da faculdade prevista no nº4 da mesma disposição legal por duas ordens de razões:

Primeira, porque o resultado financeiro do contrato foi efectivamente alterado;

Segunda, porque o IHM já anteriormente fora alertado para esta ilegalidade.

Por outro lado, e como bem se assinalou na decisão recorrida, esta factualidade viola outra norma, de carácter financeiro, ou seja o artº 12º do Decreto Regulamentar Regional nº 4/2002/M, publicado no Diário da República, 1ªSérie-B, de 13 de Fevereiro (cfr. ainda o artº 11º do Decreto Regulamentar Regional nº9/2003/M, publicado no Diário da República, 1ªSérie-B, de 13 de Março), que sob a epígrafe “Aquisição de Veículo com motor” estipula o seguinte:

“No ano de 2002, a aquisição, a permuta e a locação financeira, bem como o aluguer por prazo superior a 60 dias, de veículos com motor destinados ao transporte de pessoas e bens, incluindo ambulâncias, pelos serviços da administração pública regional e pelas pessoas colectivas de utilidade pública administrativa ficam dependentes de prévia autorização do Secretário Regional do Plano e Finanças”.

Ora dúvidas não há de que:

A prévia autorização do Secretário Regional do Plano e Finanças não existiu;

A referida cláusula do caderno de encargos configura uma situação em tudo semelhante a um aluguer da viatura por prazo superior a 60 dias;



Tribunal de Contas

A norma tem natureza inquestionavelmente financeira e foi directamente violada por tal cláusula;

Pelo que, igualmente, se verifica o fundamento de recusa do visto previsto no artº 44º nº3 alínea b) da citada Lei nº98/97.

Do exposto resultando que o recurso é improcedente, sendo de manter, ainda que por fundamentos algo diferentes, a decisão que recusou o visto ao contrato em apreço.

Finamente só duas notas mais.

O dizer-se (no requerimento de interposição de recurso) que devido à falta de viaturas sentida pelo Instituto se criou um "estado de objectiva necessidade", não tem qualquer razão de ser dado que, estando o Instituto sediado no Funchal e decorrendo a empreitada na mesma cidade, alternativas de transporte para a fiscalização se deslocar não deixariam de existir.

Por outro lado dizer-se, no mesmo requerimento, que tendo entretanto o Instituto conseguido adquirir a carenciada viatura, "Daí decorre a desnecessidade da controvertida cedência da viatura pelo empreiteiro, a qual nunca foi solicitada, uma vez que reunidas as condições para ser efectuada a fiscalização com os meios do IHM", também nada adianta a favor da tese do recorrente na medida em que o preço da cedência da viatura já consta no valor da empreitada.

Concluindo, o recurso é improcedente.

IV. DECISÃO

Atento o exposto, acordam os Juízes da 1ª Secção em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente, embora por fundamentos algo diferentes, manter a decisão de recusa do visto ao contrato em apreço.



Tribunal de Contas

São devidos emolumentos – artº 16º nº 1 al. b) do regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96 de 31 de Maio.

Diligências necessárias.

Lisboa, 9 de Março de 2004.

Os juízes Conselheiros

RELATOR: Ribeiro Gonçalves

Pinto Almeida

Lídio de Magalhães

Adelina Sá Carvalho

O Procurador-Geral Adjunto



DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido o douto Acórdão que fez vencimento, com os seguintes fundamentos:

A recusa de visto que, na decisão de 1ª instância, se firmou em dois fundamentos – nulidade e violação de norma financeira – foi mantida em sede de recurso apenas por invocação do segundo daqueles fundamentos. Ora, como resultara da Decisão nº 45/FP/2003, o que terá estado em causa foi o não cumprimento do artigo 12º do DRR nº 4/2002/MM pelo IHM, ao estipular no caderno de encargos que o adjudicatário colocaria à disposição da fiscalização e integrada no conjunto de “instalações e equipamentos para a fiscalização”, uma viatura até à recepção provisória da obra.

Ora, além de ter consistentes dúvidas sobre se, no processo, esteve em causa um aluguer de viatura, indubitável é que o objecto do contrato era a empreitada de construção de 79 jogos, infraestruturas e arranjos exteriores no valor de € 3.897.032,14, mais IVA, e não a cedência de viatura à fiscalização, trate-se ou não de aluguer *stricto sensu*, da qual decorreria um encargo que, ainda que não exposto contratualmente, não excederia 1% do custo total da obra.

É também de assinalar que a Decisão recorrida não invocou para a recusa nenhuma ilegalidade que tivesse a ver com a própria empreitada, já que a circunstância – essa susceptível de crítica por potenciar a redução do universo concorrencial se não estivesse invocada e demonstrada a especial complexidade da obra – de se ter exigido aos concorrentes a comprovação da realização de obra de valor superior ao preço-base fixado para a empreitada não foi invocada, *in fine*, na decisão de recusa de visto.



Tribunal de Contas

E mais, a ter havido um contrato de aluguer inserido no da empreitada, estaríamos então perante um contrato misto, onde o requisito de cedência da viatura à fiscalização pelo período da obra foi conhecido da generalidade dos concorrentes, que, nesta matéria como nas demais, se posicionaram todos em pé de igualdade.

A inexistência de autorização do membro do Governo competente – que, aliás, foi posteriormente concedida, a fazer-se fé nos autos – não deveria, assim, pela insignificância do encargo envolvido, ter força bastante para uma decisão de recusa de visto, com o impacto extremamente negativo que não pode deixar de ter no processo em causa, atento o disposto no nº 2 do artigo 45º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

A finalizar, cumpre ainda salientar os seguintes aspectos:

Conforme consta dos autos, em processo anterior esta mesma questão determinou um visto com recomendação, nos termos do nº 4 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, na sequência do que o IHM reagiu manifestando a sua aderência à tese de que não há objecções legais à inclusão da cedência de viatura. Mas há. Com efeito, sendo a fiscalização das obras essencial ao bom resultado final de uma empreitada, o Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, veio de forma clara imputar à fiscalização (cf. artigos 178º a 184º) poderes incompatíveis com a obrigação de prestação de um serviço de transporte, por parte do empreiteiro, à entidade que o vai fiscalizar.

Ora, ao diluir nos custos da empreitada (ou nos do estaleiro) o encargo que, para o adjudicatário, decorreu da cedência transitória da viatura (um Peugeot 206 a diesel), o que de facto se verificou foi uma ilegalidade que alterou (se efectivamente tal diluição se efectivou) ou poderia alterar o resultado financeiro do contrato.

Assim e concluindo, teria enquadrado os factos na previsão do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, pelo que, sendo tal ilegalidade fundamento de recusa



Tribunal de Contas

de visto, pode contudo, nos termos do nº 4 da mesma disposição legal e em decisão fundamentada, determinar a concessão de visto com recomendações no sentido de os Serviços suprirem ou evitarem no futuro tais ilegalidades. O facto de ter havido um anterior visto com recomendações não era sequer, atento o disposto na lei, obstáculo ao recurso à faculdade concedida pelo nº 4 se, como no caso, tal se justificasse.

No caso em apreço, a efectiva insignificância do custo que, para o dono da obra, resultou da cedência de uma viatura à fiscalização, e face ao impacto negativo numa empreitada que não mereceu outra censura nos aspectos fundamentais do procedimento concursal que a antecedeu, teria justificado que, em sede de recurso, se tivesse concedido o visto com a recomendação ao IHM de que, em futuras empreitadas, tal previsão deixasse, pura e simplesmente, de existir, em estricte fidelização ao disposto nos artigos 178º a 184º do Decreto-Lei nº 55/99.

Adelina Sá Carvalho