



ACÓRDÃO N.º10 /08 – 15.JUL-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 4/2008 – SRMTC-R

(Processo n.º 121/2007, da Secção Regional da Madeira)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. Quando, num concurso para a realização de empreitada de obras públicas, se exige que os concorrentes detenham as habilitações referidas no n.º 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, ou seja, a classificação de empreiteiro geral ou construtor geral, em classe que cubra o valor global da obra, está a afirmar-se que as habilitações referenciadas no n.º 1 do mesmo artigo não são suficientes e a impedir-se que aqueles que as detêm possam candidatar-se a esse concurso. Esta exigência conduz a uma redução ilegal do universo de potenciais candidatos.
2. A redução ilegal do universo de potenciais candidatos, limitando as condições de concorrência, implica uma possível redução do número e variedade de propostas apresentadas a concurso. Esta circunstância mostra-se susceptível de alterar o resultado financeiro do processo de adjudicação, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto aos contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.
3. Quando o serviço ou organismo, tendo sido anteriormente destinatário de recomendações nesse sentido, podia, e devia, ter evitado a ilegalidade praticada, não há fundamento para a aplicação ao caso do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



ACÓRDÃO N.º 10 /08 – 15.JUL-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 4/2008 – SRMTC-R

(Processo n.º 121/2007, da Secção Regional da Madeira)

1. Pela Decisão n.º 1/FP/2008, a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de empreitada de **“Redimensionamento da Escola Básica do Primeiro Ciclo do Lombo de São João - Ribeira Brava”**, celebrado entre a **Região Autónoma da Madeira**, através da **Secretaria Regional do Equipamento Social (SRES)**, e a sociedade **Leirislena – Engenharia e Construções, S.A.**, pelo preço de **€ 1.090.000,00**, acrescido de IVA.

A recusa do visto, proferida ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, teve por fundamento a violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, por, no concurso público realizado, se ter circunscrito o universo de destinatários aos titulares do alvará de empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios de construção tradicional na 1.ª categoria, na classe correspondente ao valor da proposta.

O Tribunal considerou ainda que as circunstâncias do caso justificavam que não recorresse à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, uma vez que havia já sido anteriormente recomendado àquela entidade o cumprimento do dispositivo legal em causa.

2. Daquela Decisão recorreu o Secretário Regional do Equipamento Social, pedindo a reapreciação do processo e a concessão de visto ao contrato, com eventuais recomendações.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 6 a 23 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, através das quais invoca, no essencial:



Tribunal de Contas

“i) Antes de mais, não pode o recorrente deixar de afirmar que, como já teve ocasião de expressar ao Tribunal, considera pelo menos discutível que tenha existido verdadeiro incumprimento do n.º 1 do artigo 31.º do DL 12/2004;

ii) Reconhecendo que, em qualquer caso, o que prevalece é o entendimento do Tribunal sobre a interpretação da lei, devendo as entidades sujeitas ao controlo do Tribunal cumprir as respectivas recomendações, certo é que o eventual incumprimento no caso em apreço jamais poderá configurar uma violação das recomendações emitidas pelo Tribunal de Contas;

iii) Acresce, em qualquer caso, que, ao contrário do que se pressupõe na Decisão posta em crise, a alegada violação do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 não teve qualquer consequência no universo dos concorrentes ao concurso, pelo que não afectou o princípio da concorrência que a norma violada pretenderá salvaguardar.”

3. Admitido o recurso, foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto, que emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso e da confirmação da recusa do visto, por entender que os elementos resultantes do processo não foram invalidados pela argumentação da Recorrente e não consentem uma justificação suficientemente fundamentada para a concessão de visto, *“já que reflectem uma insistente e pensada posição contrária àquela que o Tribunal lhe transmitira através das recomendações.”*

4. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.



5. OS FACTOS

São os seguintes os factos relevantes, dados como assentes no Acórdão recorrido ou comprovados nos autos:

- a) O contrato foi precedido de concurso público, sujeito ao regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março;
- b) O referido concurso foi aberto por anúncio publicado:
 - No *Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira (JORAM)*, II Série, n.º 84-S, de 2 de Maio de 2006;
 - No *Diário da República (DR)*, III Série, n.º 91, de 11 de Maio de 2006;
 - Nas edições do *Jornal da Madeira* e do *Notícias da Manhã* de 28 de Abril e 3 de Maio de 2006, respectivamente;
- c) No ponto 6.2. a) do Programa do Concurso e no ponto III.2.1) do anúncio, o dono da obra exigiu, como requisito de admissão dos concorrentes ao concurso, que o alvará de construção detido contivesse a classificação como “*Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de Edifícios de Construção Tradicional, na 1.ª categoria, e na classe correspondente ao valor da proposta*”.
- d) Nos processos de fiscalização prévia sobre que recaíram as Decisões n.ºs 14/FP/2006, de 23 de Março de 2006, e 15/FP/2006, de 30 de Março de 2006, a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas havia apreciado contratos celebrados pela referida Secretaria Regional em que se verificava situação semelhante. Nessas Decisões, comunicadas, respectivamente, em 23 e 31 de Março de 2006¹, o Tribunal afirmou que se encontrava violado o estatuído no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, mas concedeu, ainda assim, o visto aos contratos, nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, consagrando em cada um deles a seguinte

¹ Vd. fls. 190 e segs dos autos



Tribunal de Contas

recomendação dirigida à SREST²: “(...) de que, em futuros procedimentos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, cumpra o estatuído no n.º 1 do art.º 31.º do DL 12/2004, de 9 de Janeiro”;

- e) Em 3 de Maio de 2006, já depois de proferidas aquelas recomendações, e no âmbito de um outro processo de fiscalização prévia (registado sob o n.º 8/2006), a mesma Secretaria Regional, através do ofício n.º 1357, afirmou não poder “*perfilhar o entendimento da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas sobre esta matéria transmitido nas recentes Decisões n.ºs 14 e 15/FP/2006*”;
- f) Através da Decisão n.º 21/FP/2006, de 25 de Maio de 2006, proferida no processo acabado de referir, a Secção Regional do Tribunal mais uma vez concedeu o visto ao contrato envolvido, reiterando a recomendação já anteriormente dirigida à Secretaria Regional;
- g) Na Decisão n.º 11/FP/2007, de 26 de Abril de 2007, a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas recusou o visto a um contrato celebrado pela mesma Secretaria Regional, no qual se verificava o mesmo problema. Desta decisão foi interposto recurso, tendo, pelo Acórdão n.º 13/07-24.JUL-1.ªS/PL, sido confirmada a recusa de visto;
- h) Em 8 de Outubro de 2007, o Secretário Regional do Equipamento Social decidiu sobre a Informação n.º 137INF07-DSCC³, que o alertava para a desconformidade entre o requisito habilitacional fixado no programa do concurso em causa e as recomendações do Tribunal e equacionava uma possível decisão de não adjudicação da obra, que, atento o interesse público da obra e a necessidade de prevenir um pedido de indemnização do empreiteiro, deveria prosseguir-se com a adjudicação da mesma;
- i) O Conselho do Governo Regional da Madeira, através da Resolução n.º 1054/2007, adjudicou a empreitada à sociedade *Leirislena – Sociedade de Construções, S.A.* em 22 de Outubro de 2007;

² Como refere a própria Recorrente nas suas alegações de recurso, até 19 de Junho de 2007 a Secretaria Regional do Equipamento Social (SRES) era designada por Secretaria Regional do Equipamento Social e Transportes (SREST)

³ Vd. fls. 580 e 581 do processo n.º 121/2007, anexo aos autos



Tribunal de Contas

- j) O contrato de empreitada foi celebrado em 28 de Novembro de 2007;
- k) O auto de consignação da empreitada foi assinado em 2 de Janeiro de 2008, data a partir da qual começou a contar-se o prazo de 6 meses acordado para a execução da obra.

6. APRECIANDO

6.1. DO INCUMPRIMENTO DO N.º 1 DO ARTIGO 31.º DO DECRETO-LEI N.º 12/2004, DE 9 DE JANEIRO

O artigo 31.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 12/04, de 9 de Janeiro, cujo incumprimento está em causa, dispõe o seguinte:

“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.”

Sobre a correcta interpretação e utilização destas normas nos procedimentos concursais para a realização de empreitadas de obras públicas, tem este Tribunal abundante e uniforme jurisprudência⁴. Parte dela foi dirigida à própria SRES, que, como já foi referido no ponto 5, foi destinatária de várias Decisões da Secção Regional da Madeira e de um Acórdão do Plenário da 1.ª Secção deste Tribunal na matéria em causa.

⁴ Vejam-se, designadamente, os Acórdãos da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, proferidos em Subsecção, n.ºs 16/2004, 182/2004, 11/2005, 159/2005, 179/2005, 187/2005, 193/2005, 210/2005, 218/2005, 219/2005, 223/2005, 810/2005, 1088/2005, 1249/2005, 1290/2005, 9, 10 e 11/2006, 14/2006, 16/2006, 22/2006, 27/2006, 40/2006, 46/2006, 60/2006, para citar apenas alguns dos anteriores aos factos abordados no presente recurso.



Tribunal de Contas

A mencionada jurisprudência afirma, em síntese, que a forma pela qual devem ser descritos os requisitos de habilitação técnica nos documentos que disciplinam os concursos deve reflectir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as citadas disposições do artigo 31.º, devendo fazer-se constar do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 ou as duas hipóteses resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas nunca apenas a habilitação referida no n.º 2.

Ora, no concurso público em apreciação verificou-se esta última hipótese, sendo que, ao exigir-se que os concorrentes detivessem as habilitações referidas no n.º 2 do referido artigo 31.º (classificação de empreiteiro geral ou construtor geral, em classe que cubra o valor global da obra), estava a afirmar-se que as habilitações referenciadas no n.º 1 do mesmo artigo não eram suficientes e impedia-se que aqueles que as detinham pudessem candidatar-se ao concurso.

Fizeram-se, assim, exigências de habilitação técnica superiores às estabelecidas na lei, que conduziram a uma redução ilegal do universo de potenciais candidatos.

A recorrente afirma que sempre entendeu - e continua a entender - que a disposição legal em referência, tal como as que lhe são historicamente precedentes, permite que, quando a maioria dos trabalhos da empreitada se enquadre nas subcategorias determinantes para a atribuição da classificação de empreiteiro ou construtor geral, seja exigida a titularidade de alvará de construção de empreiteiro geral ou construtor geral⁵.

Como já vimos, não é esse, de há muito, o entendimento deste Tribunal.

⁵ Vd. alegações a fls. 9 e segs. dos autos



6.2. DA CARACTERIZAÇÃO DO REFERIDO INCUMPRIMENTO COMO FUNDAMENTO DE RECUSA DE VISTO

A redução ilegal do universo de potenciais candidatos, limitando as condições de concorrência, implica uma possível redução do número e variedade de propostas apresentadas a concurso.

Esta circunstância mostra-se susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, e tal como concluiu a decisão recorrida, a configura como fundamento de recusa de visto aos contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

A recorrente, nas suas alegações de recurso, a fls. 18 e segs. dos autos, vem invocar que a “alegada introdução” deste “factor inibidor da concorrência” não introduziu “efectivamente” qualquer distorção.

Afirma e demonstra a este respeito que, tendo, a partir de Junho de 2006, aberto vários concursos com objecto similar ao que se encontra em apreciação (construção de edifícios), “de harmonia com a leitura que a SRMTC faz do artigo 31.º do DL 12/2004, isto é, sem a exigência de alvará de empreiteiro ou construtor geral de edifícios de construção tradicional na 1.ª categoria”, todos os candidatos que se apresentaram a esses concursos eram titulares do referido alvará.

Na sua opinião, pode deduzir-se do facto de não ter aparecido nesses concursos nenhum concorrente sem esse alvará, apesar de ele não ser exigido, que, no concurso em apreciação, não houve nenhum potencial interessado que tenha deixado de concorrer pelo facto de ser exigido o alvará em questão. Daí conclui a recorrente que não se verificou qualquer limitação da escolha da Administração e, conseqüentemente, não se encontra preenchida a alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97.

Sucedo que o exercício efectuado poderia apontar tendências ou probabilidades mas não pode, seguramente, demonstrar certezas.



Por outro lado, como tem sido amiúde referido em inúmeros Acórdãos deste Tribunal, quando na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97 se diz “*Ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que, para fundamentar a recusa de visto, basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro, o que, no caso, já ficou demonstrado.

Assim, não tem razão a recorrente quando afirma que não se verifica a situação prevista na referida alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97.

6.3. DA APLICAÇÃO DO N.º 4 DO ARTIGO 44.º DA LEI N.º 98/97

No artigo 44.º da Lei n.º 98/97 dispõe-se:

“ (...)

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

a) (...)

b) (...)

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.*”

Significa este dispositivo que:

- Verificada uma ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro de um contrato, deve, em princípio, ser recusado o visto;
- O Tribunal pode, no entanto, optar por conceder o visto, fazendo recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades;



Tribunal de Contas

- Mas só deve fazê-lo quando existam circunstâncias que o justifiquem, devendo explicitá-las em decisão fundamentada.

Importa frisar que a concessão de visto nestes casos corresponde à exceção e não à regra, que exige fundamentação adequada, que a apreciação é sempre casuística e que depende da ponderação concreta dos interesses em presença.

Tem o Tribunal de Contas lançado mão desta faculdade em diversas circunstâncias, designadamente quando a lei é confusa e os serviços ainda não foram alertados para a sua interpretação correcta, quando é seguro que os resultados alcançados não foram prejudicados pela ilegalidade verificada ou quando a ponderação dos interesses em jogo o aconselhe. Fê-lo a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas nas Decisões n.ºs 14/FP/2006, 15/FP/2006 e 21/FP/2006, em processos idênticos ao presente, oriundos da SRES.

Nas Decisão n.º 11/FP/2007⁶ e na Decisão n.º 1/FP/2008, agora recorrida, relativas a processos idênticos da mesma Secretaria Regional, entendeu a Secção Regional que já não existiam fundamentos para substituir a decisão de recusa de visto que devia corresponder à prática da ilegalidade por uma concessão de visto com recomendações. E, a nosso ver, bem.

Efectivamente, ao contrário do que havia sucedido nos três primeiros processos, à data da abertura do presente procedimento de concurso estava já a SRES ciente de qual a interpretação correcta a dar aos n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, pois, para além de várias indicações, já havia recebido duas recomendações do Tribunal nesse sentido⁷.

Invoca a recorrente nas suas alegações⁸ que, em virtude de um entendimento e de uma prática anteriores uniformes, não tomou “*por definitiva a notícia recebida, em 26 de Janeiro de 2006, de que a SRMTC teria alterado a sua tradicional interpretação do*

⁶ Confirmada em recurso pelo Plenário da 1.ª Secção vd. Acórdão n.º 13/07-24.JUL-1.ªS/PL

⁷ Cfr. ponto 5.d) deste Acórdão

⁸ Vd. fls 13 e segs dos autos.



Tribunal de Contas

artigo 31.º do DL 12/2004, em contradição com a leitura que era adoptada, como certa e segura, no sector a que o diploma se aplica”.

Como não “pôde, nesse seguimento, considerar que as primeiras decisões proferidas pela SRMTC nesta matéria (Decisões n.ºs 14/FP/2006, de 23 de Março, e 15/FP/2006, de 30 de Março) eram definitivas”.

Por isso, num novo processo, em 3 de Maio de 2006, afirmou junto do Tribunal não poder “perfilhar o entendimento da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas sobre esta matéria transmitido nas recentes Decisões n.ºs 14 e 15/FP/2006”, com o que pretendeu “persuadir a SRMTC da bondade da interpretação tradicional dos n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º do DL 12/2004”.

E, portanto, no seu dizer, só com o conhecimento da decisão n.º 21/FP/2006, que afirma ter ocorrido em 29 de Maio de 2006, “pôde concluir pela irreversibilidade da nova posição da SRMTC”. “Por este motivo, não devem ser chamadas à colação as exigências de alvará de empreiteiro ou construtor geral feitas pela SRES em concursos abertos antes de 29 de Maio de 2006, como é o caso do que agora está em causa. É que, subjectivamente, antes desta data, a ora recorrente, ao exigir os referidos alvarás, agiu de boa-fé, em desconhecimento da definitiva mudança de orientação da SRMTC”.

Assim, conclui a recorrente que “a SRMTC não alcançou demonstrar, ao contrário do que afirmou na Decisão recorrida, a existência de incumprimento – muito menos, de incumprimento reiterado – das recomendações que dirigiu à SRES”.

Não iremos discutir a boa ou má-fé da SRES nem a justificação de uma situação de não acatamento das recomendações do Tribunal. Isso caberia num eventual processo de responsabilidade financeira sancionatória, nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, como se referia na decisão recorrida. Não é esse processo que aqui nos ocupa.

Para o processo em apreciação importa apenas:



Tribunal de Contas

- Que, conforme a própria recorrente afirma nas suas alegações de recurso, conhecia, desde 26 de Janeiro de 2006, que o Tribunal de Contas tinha sobre os preceitos legais em referência uma interpretação diferente da sua;
- Que as decisões e recomendações que a Secção Regional lhe dirigiu em Março de 2006 eram bastante explícitas e detalhadas, não deixando margem para dúvidas sobre o procedimento a adoptar para cumprir a lei;
- Que, quisesse ou não considerá-las como definitivas, não desconhecia certamente que, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, as decisões jurisdicionais do Tribunal de Contas são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas, pelo que lhes devia obediência imediata;
- Que, portanto, pelo menos desde o final de Março de 2006, tinha a consciência e a informação necessária para evitar a prática da referida ilegalidade num procedimento cujo primeiro acto de publicitação ocorreu em 28 de Abril de 2006;
- Que, em última análise, mesmo durante o decurso do procedimento, nomeadamente durante o prazo para entrega de propostas do concurso público⁹, a SRES podia ter corrigido a ilegalidade praticada.

Consideramos, assim, confirmado o que é relevante para a decisão: que a SRES podia, e devia, ter evitado a ilegalidade praticada, uma vez que, tal como se afirmava na decisão recorrida, *“teve, efectivamente, a possibilidade de no concurso público que precedeu a celebração do contrato em análise, aberto a 2 de Maio de 2006, acolher a recomendação de legalidade que o Tribunal lhe havia feito nas Decisões n.ºs 14/FP/2006, de 23 Março, e 15/FP/2006, de 30 de Março, no sentido de que, futuramente, cumprisse o estatuído no n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.”*

Confirmado o pressuposto que motivou a não utilização da faculdade a que se refere o n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, e dado que não se identificam outros fundamentos para o



Tribunal de Contas

fazer, tal como foi também parecer do Ministério Público, não resta senão a aplicabilidade ao caso do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97.

⁹ De acordo com o ponto 4.1. do Programa de Concurso, as propostas deveriam ser entregues até ao dia 21 de Junho de 2006.



Tribunal de Contas

7. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, confirmando o Acórdão recorrido e mantendo a recusa do visto ao contrato em questão.

São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31/5.

Lisboa, 15 de Julho de 2008

Os Juízes Conselheiros

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Helena Ferreira Lopes)

(João Figueiredo)

(A. Santos Soares)

O Procurador-Geral Adjunto