



ACÓRDÃO N.º 30/2008 - 26.Fev.2008 - 1ªS/SS

(Processo n.º 1641/2007)

SUMÁRIO:

1. Nos institutos públicos dotados apenas de autonomia administrativa, as despesas relativas à execução de planos ou programas plurianuais legalmente aprovados podem ser autorizadas pelos órgãos máximos daqueles organismos (director-geral ou equiparado) até ao montante de € 499.365,52 (cfr. art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 96/2007, de 29 de Março, e art.º 17.º, n.º 3, al. a) do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).
2. A exigência ao empreiteiro pelo dono da obra de uma viatura, bem como o pagamento das despesas inerentes ao seu uso e manutenção, destinada à fiscalização da obra viola o disposto nos arts. 178.º e 180.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
3. A violação dos preceitos legais citados constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, sem prejuízo do uso da faculdade prevista no n.º 4 da mesma disposição legal, relativamente à ilegalidade mencionada no ponto 1, por não estar adquirida a efectiva ocorrência de uma alteração do resultado financeiro do contrato e não sido feita anterior recomendação relativa ao aludido normativo.



Tribunal de Contas

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Não transitado em julgado

ACÓRDÃO Nº 30 /08 - 26. FEV. 08/1ª S/SS

Proc. nº 1641/07

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção:

I – RELATÓRIO

O Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico, IP (IGESPAR, IP) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada, celebrado em 20-12-2007, com a empresa “S. T. A. P. – **Reparação, Consolidação e Modificação se Estruturas, SA**”, pelo valor de € 429.089,82 acrescido de IVA, tendo por objecto a “Reabilitação do Convento de Vilar de Frades”.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

- a) O contrato foi precedido de concurso público, cujo aviso de abertura foi publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 10-9-2007 e nas restantes publicações a que se refere o nº1, do artigo 52º do DL nº 59/99 de 2 de Março;



Tribunal de Contas

- b) A empreitada é em regime de Série de Preços;
- c) O prazo de execução da obra é de 270 dias;
- d) A obra foi consignada em 02-01-2008;
- e) A despesa estimada relativa à empreitada ora em apreço, era de € 530.000,00;
- f) A despesa com a presente empreitada foi autorizada pelo Director do IGESPAR, IP em 28-8-2007, ao abrigo da competência prevista no artigo 17º, nº3, al. b) do DL nº 197/99 de 8 de Junho;
- g) Questionado o IGESPAR, IP sobre como enquadrava, legalmente, a competência do seu Director, para autorizar a despesa com a presente empreitada, tendo em conta que este Instituto apenas é dotado de autonomia administrativa (artigos 1º, do DL nº 96/2007 de 29 de Março e 17º, nº3 alínea b), do DL nº 197/99 de 8 de Junho), veio o referido Instituto dizer o seguinte:

“Sobre a autorização de despesa em presença, pelo Director do Igespar, IP, informa-se que a mesma decorre da competência que lhe é atribuída pelo DL nº 197/99 de 8 de Dezembro ¹ conforme aos termos da alínea b) do nº3, do art. 17º.

De forma a demonstrar que a entidade em causa é detentora do cargo atrás identificado, junta-se cópia do despacho da sua nomeação, proferido por sua excelência a Ministra da Cultura, publicado no D. R. 2ª série, nº 131, de 10 de Julho de 2007”.\

- h) No ponto 2.2.13.2 do Caderno de Encargos – Estaleiro - (alínea f) deste ponto), com projecção na cláusula 2ª do contrato, foi exigido o seguinte:

“Para efeitos de acompanhamento de obra, o adjudicatário colocará à disposição do Igespar, I. P., a partir da consignação da obra, um automóvel novo, de 5 lugares, 5 portas, cilindrada da ordem dos 1400 cm3 e a gasóleo, a aprovar pelo Igespar, I. P./ex-DRP, dispondo de um seguro que cubra, não só os danos do veículo, mas também os causados a terceiros, com uma responsabilidade civil ilimitada e que incluirá o condutor e ocupantes.

¹ Sic.



O adjudicatário assegurará ainda o pagamento de todas as despesas com a sua manutenção, bem como com o fornecimento de 250 litros de combustível por mês. À data da realização da recepção provisória da presente empreitada, cessará esta exigência.”

- i) Confrontado o dono da obra com a questão de saber como considerava legalmente possível a obrigação do adjudicatário (cláusula 2.2.13.2. do caderno de encargos), colocar à disposição do dono da obra, para a fiscalização da mesma, suportando os respectivos encargos, uma viatura com as características e nas condições definidas na referida cláusula, veio o mesmo esclarecer o seguinte:

“Relativamente à questão colocada no ponto 4. do Anexo ao ofício supramencionado refere-se que a intervenção em causa configura uma obra pública de reabilitação patrimonial que, atendendo às especificidades e requisitos técnicos do projecto exige grande acompanhamento por parte do dono da obra.

De facto, de acordo com o previsto no artigo 23º do Decreto-Lei nº 59/99, de 3 de Março, constitui encargo do empreiteiro, salvo estipulação em contrário, o fornecimento dos aparelhos – instrumentos, ferramentas, utensílios e andaimes indispensáveis à boa execução da obra. Chama-se também a atenção para o artigo 24º do mesmo Diploma, que, no seu ponto 3, refere que os encargos relativos à montagem, construção, desmontagem e demolição do estaleiro são da responsabilidade do dono da obra e constituirão um preço contratual unitário.

Ora, no ponto 2.2.13.2. – “Estaleiro” o Caderno de Encargos faz referência às obrigações a cumprir pelo adjudicatário, necessárias a um bom acompanhamento e fiscalização da obra designadamente na alínea c) a montagem de um gabinete para a fiscalização, com referência ao tipo de equipamento que este deve conter. É neste enquadramento que no mesmo ponto do Caderno de Encargos, a alínea f) refere a necessidade de ser colocada à disposição do IGESPAR a partir da data da consignação da obra um automóvel com características definidas e iguais para todos os concorrentes. A parte final deste ponto refere que à data da realização da recepção provisória cessa a exigência, devolvendo-se assim a viatura, uma vez que ela só é exigida como um instrumento necessário à garantia do resultado final esperado. O mesmo se passa com todo o restante equipamento posto à disposição do dono da obra durante a execução dos trabalhos, que no final é levantado com o estaleiro da obra, e que continua a ser pertença do empreiteiro”.



III - O DIREITO

1. A primeira questão que se coloca é a relativa à autorização da despesa com a presente empreitada, autorização esta dada pelo Director do IGESPAR, IP.

De acordo com o artigo 1º do DL nº 96/2007 de 29 de Março, o IGESPAR, IP é um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, dotado apenas de autonomia administrativa e de património próprio.

No que respeita aos seus órgãos, dispõe o nº1, do artigo 4º, do mesmo diploma legal:

Artigo 4º Órgãos

1 – O IGESPAR, I.P., é dirigido por um director, coadjuvado por dois subdirectores, cargos de direcção superior de primeiro e segundo grau, respectivamente.

.....

Corresponde, assim, o cargo de director **do IGESPAR IP**, a um cargo de direcção superior de primeiro grau, ou seja ao cargo de director-geral, de acordo com o que dispõe o artigo 2º, nº3 da Lei nº 2/2004 de 30 de 15 de Janeiro (Estatuto do Pessoal Dirigente da Administração Pública).²

Como resulta da alínea **f)** do probatório, a despesa com a presente empreitada – recorde-se que, como se diz na alínea **e)** do probatório, a mesma tinha um custo estimado de € 530.000,00 – foi autorizada pelo director do IGESPAR, IP, ao abrigo da competência prevista no artigo 17º, nº3, alínea b) do DL nº 197/99 de 8 de Junho.

² A Lei nº 2/2004 de 15 de Janeiro sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 51/2005 de 30 de Agosto, a qual republicou aquela Lei.



O artigo 17º do DL nº 197/99 de 8 de Junho é aplicável às empreitadas de obras públicas levadas a cabo pelo IGESPAR, IP, de acordo com o disposto nos artigos 4º, nº1, alínea b) e 2º, alínea b), ambos do mesmo DL nº 197/99.

Ora, de acordo com o artigo 17º, nº3, alínea b), deste diploma legal, as despesas relativas à execução de planos ou programas plurianuais legalmente aprovados podem ser autorizadas, até € 998.731,04 (200.000 contos, na primitiva redacção do preceito), pelos órgãos máximos dos organismos dotados de **autonomia administrativa e financeira**, com ou sem personalidade jurídica.

Por seu lado, o mesmo artigo 17º, nº3, na sua alínea a), dispõe que as despesas atrás referidas, até € 499.365,52 (100.000 contos, na primitiva redacção do preceito), podem ser autorizadas pelos directores-gerais ou equiparados e pelos órgãos máximos dos serviços com autonomia administrativa.

Nesta conformidade, uma vez que, como se viu, o IGESPAR é um Instituto Público dotado apenas de autonomia administrativa, o seu director não tinha competência para autorizar a despesa com o custo estimado da presente empreitada, que era de € 530.000,00 (alínea e) do probatório).

2. Vejamos, de seguida, as consequências decorrentes da violação do disposto no artigo 17º, nº3, b) do citado DL nº 197/99.

A ilegalidade cometida poderá ser geradora de nulidade ou de mera anulabilidade, sendo que o visto apenas poderá ser recusado, na hipótese em apreço, com fundamento em *nulidade*, atento o disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº98/97 de 26 de Agosto.

Ora, não estamos, seguramente, perante um caso de nulidade:

Efectivamente, o vício atrás mencionado não se encontra previsto no artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), dispositivo este que se refere aos actos administrativos feridos de nulidade.

Efectivamente, nem se encontra incluído no elenco dos actos indicados no nº2 daquele normativo, nem, por outro lado, existe qualquer norma que, para tal vício, comine expressamente tal forma de invalidade dos actos administrativos (vide o nº1, do mesmo artigo 133º do CPA).



Por outro lado, o acto de adjudicação da empreitada contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se como “elementos essenciais” os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torna inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação (vide o nº1, 1ª parte, do citado artigo 133º do CPA).³

Não sendo a ilegalidade verificada, geradora de nulidade, só pode a mesma conformar mera anulabilidade, o que afasta o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea a), do nº3, do artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

3. Por outro lado, como, no caso vertente, não estão em causa encargos sem cabimento em verba orçamental própria, nem violação directa de norma financeira, afastado está, também, o fundamento de recusa de visto mencionado na alínea b) do citado normativo, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

4. Importa, então, cuidar de saber se a ilegalidade atrás referida preenche o fundamento de recusa de visto indicado na alínea c) do nº3, do citado artigo 44º da Lei nº 98/97.

A resposta a esta questão só pode ser positiva:

De acordo com o artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto, a ocorrência de uma ilegalidade que altere ou *possa alterar* o resultado financeiro do contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Muito embora não resulte do processo que a violação do disposto no artigo 17º, nº3, alínea b) do DL nº 197/99 de 8 de Junho, tenha alterado o resultado financeiro do contrato, não há dúvida de que o vício verificado é susceptível de restringir o universo concorrencial e, por consequência, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.

³ Neste sentido, v. g., os Acórdãos nºs 30/05, de 15-11-2005, 27/07, de 13-2-2007 e 108/07, de 24-7-2007, da 1ª Secção, em subsecção, deste Tribunal.



Tribunal de Contas

Assim, não estando adquirida, no caso em apreço, a efectiva ocorrência de uma alteração do resultado financeiro do contrato e, tendo em conta que não consta do processo, igualmente, que a entidade adjudicante tenha sido objecto de anterior recomendação relativa ao aludido normativo, afigura-se-nos que, relativamente a esta ilegalidade, estaria reunido o condicionalismo que permite o uso da faculdade prevista no nº4, do dito artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, não fôra o que a seguir se dirá, relativamente à outra ilegalidade praticada.

5. Como resulta da alínea **h)** do probatório, no Caderno de Encargos, (Ponto 2.2.13.2., alínea f)), a entidade adjudicante exigiu ao empreiteiro uma viatura para o acompanhamento da obra, com as características aí mencionadas, bem como o pagamento de despesas inerentes ao uso e manutenção do veículo.

Importa, então, apurar da (i)legalidade desta exigência formulada no Caderno de Encargos.

5. 1. O contrato ora em apreço rege-se pelo DL nº 59/99 de 2 de Março.

Este diploma legal dedica à fiscalização dos trabalhos da empreitada, o Capítulo V, do Título IV, que tem início no artigo 178º e termina no artigo 184º.

Nos termos do nº1, do artigo 178º, do referido diploma legal, “*a execução dos trabalhos será fiscalizada pelos representantes do dono da obra, que este, ... para tal efeito designe*”.

Decorre daqui, desde logo, que a fiscalização dos trabalhos é feita no interesse do dono da obra, cabendo a este efectua-la através de representantes seus que tanto podem ser funcionários pertencentes aos seus serviços, para tanto designados, como podem ser contratados para a prestação desse serviço de fiscalização.

Significa isto que todos os encargos a satisfazer com a fiscalização são da responsabilidade do dono da obra.

Aliás, bem se compreende que assim seja:

Como se disse no Acórdão nº 90/2002, de 19-11-2002, da 1ª Secção, deste Tribunal, se entre fiscalizado e fiscalizador deve existir uma relação de cooperação, esta na pode pôr em causa a independência do fiscal, a qual é



Tribunal de Contas

indispensável para o correcto exercício das atribuições que o artigo 180º, do já citado DL nº 59/99 lhe comete, e, também, para viabilizar os modos de actuação da fiscalização previstos no artigo 182º, do mesmo diploma legal.

Por isso é que o normativo invocado não consente exigências ao empreiteiro, como aquela que consta do já mencionado Ponto 2.2.13.2. do Caderno de Encargos.

Por outro lado, cláusulas como a que foi formulada, não cabem no âmbito do contrato de empreitada, como resulta da definição legal emergente dos nºs 1 e 2 do artigo 1º do mesmo DL nº 59/99: “*São consideradas obras públicas, quaisquer obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, reparação, conservação, limpeza, restauro, adaptação, beneficiação e demolição de bens imóveis, ... executadas por conta do dono da obra pública*”.

Assim, é que da referida cláusula não resulta a realização – directa ou indirecta - de trabalhos de construção ou similares.

Como se acentuou no citado aresto, deste Tribunal, tal cláusula é, deste modo, contrária à lei, uma vez que, não se enquadrando no conceito de empreitada, transfere, para o empreiteiro, encargos que são da responsabilidade exclusiva do dono da obra.

Aliás, deve salientar-se que, quer no mapa de trabalhos patenteados a concurso, quer na proposta do adjudicatário, a rubrica do *estaleiro* contempla apenas os seguintes encargos:

“ 1.1- *Montagem e exploração do estaleiro, equipado com todas as instalações provisórias indispensáveis ao bom funcionamento da obra, cumprindo todas as normas relativas à segurança no trabalho, em vigor;*

1.2 – *Desmontagem de estaleiro e limpeza de obra;*

1.3 – *Placa de obra.*

Decorre daqui que, não estando o encargo com a viatura, acima mencionado, contemplado na rubrica “estaleiro”, está o mesmo diluído nas outras rubricas e, assim, repercutido no preço da empreitada.



Tribunal de Contas

5. 2. Estamos, deste modo, em face da violação dos artigos 178º e 180º do DL nº 59/99 de 2 de Março.

Esta ilegalidade, de acordo com o que já se disse acima, relativamente à outra violação de lei constatada, não preenche nenhum dos fundamentos susceptíveis de determinar a nulidade da adjudicação, dado não se integrar nos nºs 1 e 2 do artigo 133º do CPA.

Todavia, a prática de tal ilegalidade, altera, por sobrevalorização, o resultado financeiro do contrato.

Estamos, deste modo, perante o fundamento de recusa do visto, estabelecido no artigo 44º, nº3, alínea c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.⁴

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o Visto ao contrato em apreço.

São devidos emolumentos (artigo 5º, nº3, do Regime jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 26 de Fevereiro de 2008.

Os Juízes Conselheiros

⁴ Neste sentido, também se decidiu nos Acórdãos deste Tribunal nºs 111/99 de 21-12-1999, 8/2002, de 29-1-2002, e 20/2002, de 12-3-2002, da 1ª Secção, em Subsecção, e o Acórdão nº 21/2002, de 7-5-2002, da mesma Secção, em Plenário.



Tribunal de Contas

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(José L. Pinto Almeida)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto