



DECISÃO N.º 13/2024-FP/SRMTC

Data: 08/02/2024

Processo de F. P. n.º 140/2023

Relator: Juiz Cons.º Paulo H. Pereira Gouveia





Sessão Semanal Ordinária
Processo de fiscalização prévia n.º 140/2023 (SRMTC)

DECISÃO N.º 13/2024-FP/SRMTC

I – INTRODUÇÃO

A entidade Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento e Infraestruturas, submete à fiscalização prévia do Tribunal de Contas:

- o contrato para a empreitada para a reabilitação das estruturas hidráulicas da Ribeira Brava a jusante da Ponte Vermelha, celebrado entre a Região Autónoma da Madeira, através da SECRETARIA REGIONAL DO EQUIPAMENTO E INFRAESTRUTURAS (SREI), e a empresa JOSÉ AVELINO PINTO – CONSTRUÇÃO E ENGENHARIA S.A., a 13 de dezembro de 2023, pelo preço de 2 373 976,59€ (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) Em 28/02/2023, mediante despacho do Secretário Regional do Equipamento e Infraestruturas, foi autorizada a abertura de um concurso público com publicidade internacional, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 19.º do CCP, para celebração da empreitada de reabilitação das estruturas hidráulicas da Ribeira Brava a jusante da Ponte Vermelha.

2) A obra consiste essencialmente no calçamento dos muros de canalização da ribeira da Ribeira Brava e na reconstrução dos travessões existentes ao longo do troço a jusante da Ponte Vermelha e a foz da Ribeira, bem como num troço da ribeira a montante da Via Rápida.

¹ Para a concreta decisão organicamente jurisdicional a tomar aqui. Não se trata dos factos (provados e não provados) como num processo de partes; com efeito, o processo de fiscalização prévia do Tribunal de Contas de Portugal, sendo um processo organicamente jurisdicional (como é evidente: assim os artigos 202º, 209º n.ºs 1 e 214º 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).



- 3)** A contratação ora sujeita a visto teve como fundamento o seguinte:
- Ocorrência de precipitações muito expressivas com os caudais elevados associados a grandes velocidades de escoamento que danificaram as fundações dos muros de proteção dos leitos das ribeiras causando instabilidade na estrutura;
 - Garantia da estabilidade dos muros de canalização da ribeira da Ribeira Brava, para proteção de todas as infraestruturas envolventes e por forma a evitar riscos para a população;
 - Necessidade urgente de intervenção em muros de canalização e nos travessões da ribeira da Ribeira Brava, a jusante da Ponte Vermelha.
- 4)** O preço base da empreitada é de 2 450 000,00 € (cláusula 35.^a, n.º 1 do Caderno de encargos).
- 5)** O preço base do procedimento foi fixado, tendo em conta os preços médios unitários resultantes de anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante para prestações do mesmo tipo nos termos do artigo 47.º do CCP.
- 6)** O prazo de execução da empreitada é de 360 dias (cláusula 10.^a, n.1 alínea c) do Caderno de encargos).
- 7)** A empreitada está definida no caderno de encargos (cláusula 43.2) como sendo uma obra de categoria III, nos termos do disposto no artigo 11.º do anexo I da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho.
- 8)** Foi exigida a titularidade do alvará de construção com a habilitação de 1.^a subcategoria da 3.^a categoria na classe que cobrisse o valor global da proposta (cfr. Informação de abertura n.º 065/23/DSIE de 27 de fevereiro de 2023.).
- 9)** O projeto de execução aprovado por Despacho do Secretário Regional do Equipamento e Infraestruturas², datado de 28 de fevereiro, é composto pelos seguintes documentos (ver o caderno de encargos -peças escritas do projeto de execução): memória descritiva e justificativa, plano de consignação, especificações técnicas, peças desenhadas, medições detalhadas, lista de preços unitários, sendo ainda acompanhado pelos trabalhos preparatórios, plano de consignação, plano de segurança e saúde, plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição.
- 10)** O projeto de execução que integra o caderno de encargos do procedimento não foi objeto de revisão (cfr. a Declaração subscrita pelo Secretário Regional do Equipamento e Infraestruturas).
- 11)** O procedimento de contratação pública em apreço³ foi publicitado mediante anúncio publicado em 2 de março de 2023 no Diário da República, II Série, n.º 44 e, em 7 de março de 2023 no Jornal Oficial da União Europeia, 2023/S 047-137682.
- 12)** Apresentaram proposta de preço seis sociedades comerciais: RIM – Engenharia e Construção S.A.; Nascimento e Nascimento, Lda.; José Avelino Pinto – Construção e Engenharia S.A.; Socicorreia Engenharia S.A.; Afavias, S.A. e Tecnovia Madeira S.A.

² Informação de abertura n.º 065/23/DSIE de 27 de fevereiro de 2023.

³ Com a referência interna na Direção Regional do Equipamento Social e Conservação n.º 5CPL23-ES Informação de abertura n.º 065/23/DSIE de 27 de fevereiro de 2023



13) Foram excluídas duas concorrentes: Rim – Engenharia e Construção S.A., e Nascimento e Nascimento, Lda.; as restantes foram admitidas em sede de análise de propostas.

14) Não houve reclamações em sede de audiência prévia.

15) Em 22/11/2023, mediante despacho do Secretário Regional do Equipamento e Infraestruturas, a empreitada foi adjudicada à empresa José Avelino Pinto - Construção e Engenharia S.A., pelo preço contratual total de 2 373 976,59€ (s/IVA) e pelo prazo de 360 dias.

II.2 - FUNDAMENTOS DE DIREITO

A)

Através do requerimento n.º 145/2023 de 13 de dezembro, a SREI enviou-nos uma declaração subscrita pelo Secretário Regional do Equipamento e Infraestruturas da qual constava o seguinte:

“Declara-se que o projeto de execução que integra o caderno de encargos referente à obra - Reabilitação das estruturas hidráulicas da ribeira Brava a jusante da Ponte Vermelha, não foi objeto de revisão em virtude de não assumir complexidade relevante e por não serem utilizados métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, com fundamento no disposto no n.º 2 do artigo 43º do Código dos Contratos Públicos, na redação aprovada pelo Decreto Lei n.º 18/2008 de 29 de dezembro, por força do disposto no n.º 3 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 149/2012 de 12 de julho”⁴.

Em sede de verificação preliminar interpelámos a SREI⁵ para, entre outras questões, justificar a razão pela qual considerava que a revisão do projeto de execução por entidade devidamente qualificada e distinta do autor do projeto não era aplicável à situação em apreço, considerando o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 31/2009 de 3 de julho⁶, (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

⁴ Decreto-Lei n.º 149/2012

“2 - 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 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.”.

⁵ Ofício n.º S 5311/2023 de 27/12/2023.

⁶ Lei n.º 31/2009

“2 - Sempre que a obra a executar assuma complexidade relevante ou quando sejam utilizados métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, o dono da obra pública deve garantir que, previamente ao lançamento da empreitada, o projeto de execução seja objeto de revisão por entidade devidamente qualificada para a elaboração do projeto e distinta do seu autor.”.

legislação especial, e os deveres que lhes são aplicáveis) na redação conferida pelas Leis n.º 40/2015 de 1 de junho⁷ (a qual alterou o mencionado preceito⁸) e n.º 25/2018 de 14 de junho⁹;

Através do requerimento de resposta n.º 07/2024 de 18 de janeiro, a SREI veio informar-nos que:

“(…) relativamente à revisão do projeto de execução que integra o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas, a SREI tem sido do entendimento, salvo outro melhor, que a disciplina normativa em vigor sobre essa matéria é, ainda, a que consta da redação originária do n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei 18/2008 de 29 de janeiro (que aprovou o CCP), e que estabelece a necessidade de revisão do projeto de execução por entidade diferente do seu autor aquando da complexidade relevante da obra ou quando sejam nela utilizados “métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores” (razão pela qual o projeto de execução da presente empreitada não foi objeto de revisão, por não preencher nenhum destes pressupostos).

“Isto porque, apesar da alteração efetuada pelo Decreto-lei n.º 149/2012 de 12 de julho, ao referido n.º 2 do artigo 43.º do CCP (que estabelece a necessidade de revisão do projeto de execução, quando a obra 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 superior), o início da produção dos seus efeitos foi condicionado à entrada em vigor do diploma que estabelecesse o regime aplicável à revisão do projeto de execução, o que até à presente data, desconhecemos ter acontecido (cfr. n.º 3 do artigo 5.º do supra citado Decreto-Lei n.º 149/2012 de 12 de julho).

“Esse entendimento tem sido mantido mesmo após a entrada em vigor da Lei n.º 40/2015 de 1 de junho, que alterou a Lei n.º 31/2009 de 3 de julho (diploma que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pelas atividades relativas a operações e obras nela previstas), em particular o seu artigo 18.º, dado que esta disposição se limitou a replicar o disposto no n.º 2 do artigo 43.º do CCP, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 149/2012 de 12 de julho que, como supra se referiu, tem a sua vigência condicionada.

“Cumprido, a este propósito, referir, que a existência, de um diploma que estabeleça, defina e regulamente um regime aplicável à revisão do projeto de execução é fundamental para a aplicação da “nova” redação do n.º 2 do artigo 43.º do CCP (equivalente ao disposto no n.º 2

⁷ Estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, coordenação de projetos, direção de obra pública ou particular, condução da execução dos trabalhos das diferentes especialidades nas obras particulares de classe 6 ou superior e de direção de fiscalização de obras públicas ou particulares, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 31/2009, de 3 de julho.

⁸ Lei n.º 25/2018

“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 prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.”.

⁹ 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.



do artigo 18º da Lei 31/2009 de 3 de julho na sua redação atual), pois tendo sido substancialmente ampliado o universo dos projetos suscetíveis de revisão (muitos serão os casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos é enquadrável na classe 3 de alvará ou em superior) é fundamental que as entidades adjudicantes saibam em que termos e com que grau de profundidade devem efetuar a revisão aos projetos.(...)”.

Vejamos.

B)

Segundo o artigo 42º 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 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.

O caderno de encargos constitui uma peça fundamental em qualquer tipo de procedimento pré-contratual e deve respeitar regras impostas nos termos dos artigos 42º e seguintes do CCP.

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.”.

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 3¹⁰ 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.”

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

¹⁰ Atualmente o valor correspondente à classe 3 de alvará para a Região Autónoma da Madeira é de 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.



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.”.

Entretanto, 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:

“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 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 art. 12.º do C.C. Sem esquecer a cit. lei de 2018.

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 GONÇALVES¹¹ 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

¹¹ Cfr. *Direito dos Contratos Públicos*, 6.ª edição, 2023, Almedina, páginas 521 e 522; 5ª ed., n.r. 669. E **Ac. do Tribunal de Contas n.º 10/2017-1ªS/PL**.



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. (...)**”.

Na mesma esteira defende JORGE ANDRADE SILVA¹² 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 do CCP (...)”.

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 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 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 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 o prof. PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ¹³ 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 18º 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 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 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

¹² Cfr. *Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado*, 11ª edição, revista e atualizada de 2023, Almedina, páginas 213 e 214.

¹³ Cfr. *Direito da Contratação Pública*, volume 1, de 2021, reimpressão, AAFDL Editora, páginas 689 a 691.



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.

“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 43º 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 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 43º 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 (...).”

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 cit. artigo 43º do CCP) mostra-se suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato. Relewa desde logo para a al. c) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

Ora, a empreitada aqui submetida a visto prévio pela SREI tem o preço base de 2 450 000,00 e está classificada como sendo uma obra de categoria III, nos termos do disposto no artigo 11.º do anexo I da Portaria n.º 701-H/2008 de 29 de julho, e como tal, está no âmbito de aplicação do artigo 43.º n.º 2 do CCP.

Em acordo com a doutrina acima exposta e com a jurisprudência deste TdC, entendemos que, neste caso concreto, a entidade fiscalizada SREI deveria ter submetido a revisão o projeto de execução que integra o caderno de encargos do procedimento, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 40/2015, 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 1ª parte do n.º 2 do artigo 284º 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 ANDRADE¹⁴, em invalidades *comuns* ao contrato e a decisões pré-contratuais (vide ainda GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao CCP*, 2ª edição, p. 694).

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

Consideramos, ainda, irrelevantes aqui e agora, para efeitos do artigo 44º n.º 4 da LOPTC, o disposto nos n.ºs 9 e 10 do artigo 43º do CCP. Com efeito, trata-se apenas de uma mera eventual e incerta sanção futura da ilegalidade do contrato já submetido ao controlo prévio deste tribunal: não temos notícia de que esta ilegalidade vá ou possa ser aqui realmente sanada nos termos da lei.

Mais: a exigente al. b) do n.º 10 do artigo 43º 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.

Não ponderamos o disposto no artigo 44º n.º 4 da LOPTC (visto com recomendação), (i) sem prejuízo da enorme importância do n.º 2 do artigo 43º do CCP, (ii) porque sobreleva o previsto na al. a) do n.º 3 do artigo 44º 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 284º 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 44º da LOPTC, ex vi 1ª parte do proémio n.º 2 do artigo 284º do CCP (cf. ainda o artigo 96.º n.ºs 2, 5 e 6 do mesmo CCP¹⁵).

¹⁴ Cfr. *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, 2010, p. 28.

¹⁵ 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.



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:

- O Secretário Regional do Equipamento e Infraestruturas, Pedro Castro Fino, que aprovou as peças do procedimento e autorizou a abertura do mesmo por Despacho datado de 28 de Fevereiro de 2023 e adjudicou o procedimento por Despacho datado de 22 de novembro de 2023;
- Os técnicos que elaboraram as peças do procedimento concursal em causa que padecem das ilegalidades observadas nomeadamente o Diretor de Serviços de Infraestruturas e Equipamentos João Manuel dos Passos Gouveia Magalhães e o Técnico Superior António João Rodrigues Gonçalves, e outros cuja identificação não sobressai do processo de visto em análise.

Mas não são conhecidas censuras e/ou recomendações dirigidas à Secretaria Regional do Equipamento e Infraestruturas e àqueles servidores públicos no domínio da questão legal suscitada neste documento.

Face ao que antecede, avalio a relevância da infração detetada, sopesando, designadamente, a possibilidade de a relevar, porque estão verificados os pressupostos cumulativos elencados nas als. a), b) e c) do n.º 9 do art.º 65.º da LOPTC¹⁶.

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

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.

¹⁶ 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.

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 decide recusar o visto prévio ao citado contrato e 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*.

Funchal, Região Autónoma da Madeira, 08-02-2024.

O JUIZ CONSELHEIRO



(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)

