



ACÓRDÃO N.º 3 /09 – JAN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 19/2008 - SRATC

(Processo de fiscalização prévia n.º 31/2008- Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas)

SUMÁRIO

1. Nos termos do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, os programas de concurso relativos a empreitadas de obras públicas devem exigir aos concorrentes a titularidade de um certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas que contemple uma subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve ser especificada e deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo;
2. A não especificação dessa exigência no programa de concurso corresponde a uma ilegalidade, da qual pode resultar a alteração do universo dos candidatos e das propostas, implicando o risco de serem admitidos e escolhidos concorrentes que não possuam as habilitações necessárias à realização da obra nas condições adequadas, assim se violando o disposto no n.º 3 do mesmo artigo 31.º;
3. A definição e a aferição deste requisito de qualificação numa fase posterior à adjudicação ofendem princípios de imparcialidade e objectividade e não asseguram o cumprimento da norma contida no citado n.º 3 do artigo 31.º;
4. O perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do resultado financeiro é suficiente para fundamentar a recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto;
5. Esse perigo e o não acatamento de recomendação anteriormente formulada na mesma matéria são fundamento adequado para que o Tribunal não use a faculdade referida no n.º 4 do mesmo artigo 44.º.

Lisboa, 20 de Janeiro de 2008

Juíza Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 3 /09 – JAN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 19/2008 - SRATC

(Processo de fiscalização prévia n.º 31/2008- Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas)

I. RELATÓRIO

I.1. Pela Decisão n.º 11/2008- SRATC, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas recusou o visto ao **contrato de empreitada de construção da Casa -Museu da Freira do Arcano Místico**, celebrado em 30 de Março de 2008, entre o **Município da Ribeira Grande** e a sociedade **Caetano & Medeiros, Sociedade de Construção e Imobiliária, Lda.**, pelo preço de € 424.702,72, acrescido de IVA.

I.2. A recusa do visto, proferida ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do art.º 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹, teve por fundamento a violação do disposto no artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

Referiu o Tribunal, no ponto 8 da referida Decisão:

“a) Não foi observado o disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, no sentido de que deve ser exigida uma subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo;

b) A ilegalidade verificada alterou o resultado financeiro na medida em que o co-contratante não possui a habilitação necessária, pelo que não fica assegurada a realização da obra nas condições adequadas;

c) Já em anterior processo de fiscalização prévia havia sido formulada ao Município da Ribeira Grande uma recomendação no sentido de ser observado este dispositivo legal, não tendo esta sido acatada.”

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



I.3. Daquela Decisão recorreu o Presidente da Câmara Municipal da Ribeira Grande, apresentando as alegações au tuadas no processo, que aqui se dão por reproduzidas, através das quais solicita a este Tribunal que revogue a decisão de recusa de visto por outra que o conceda, ainda que com recomendações, nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

São as seguintes as conclusões em que sustenta essa pretensão:

“I- A subcategoria que em concreto deveria ter sido exigida era a 4.ª subcategoria da 1.ª categoria, em classe correspondente ao valor global da obra, em conformidade com o orçamento do projecto;

II- Todos os concorrentes admitidos dispõem da 4.ª subcategoria da 1.ª categoria em classe que cobre o valor global da empreitada;

III- Da não observância do disposto no n.º 1 do art. 31.º do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, não se verifica nenhuma alteração do resultado financeiro;

IV- A violação do disposto no n.º 1 do art.31.º do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, não constitui, em concreto, fundamento de recusa de visto ao contrato;

V- A proposta da concorrente adjudicatária é de €424.702,72;

VI- A concorrente adjudicatária possui a classe 2 da 4.ª subcategoria da 1.ª categoria, que lhe permite efectuar trabalhos até ao montante máximo de €434.000,00, nos termos da majoração efectuada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 20/2003/A;

VII- A recusa de visto com todas as consequências que daí podem advir (art. 45.º da Lei 98/97, de 26/08) é, no circunstancialismo fáctico descrito, desproporcionada e desajustada.

VIII- Não se verifica o fundamento de recusa do visto previsto na alínea c) do n.º 3 do art. 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.”

I.4. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas emitiu parecer no sentido de não dever ser dado provimento ao recurso, devendo manter-se a Decisão recorrida, por ter ocorrido a violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, conjugado com a verificação de não acatamento de uma anterior “recomendação” à mesma entidade e sobre a mesma ilegalidade.

Considera, no entanto, este magistrado que deve ser revogada a conclusão constante da alínea b) do ponto 8 da Decisão *sub judice*, por se ter demonstrado que a empresa adjudicatária detinha as necessárias qualificações técnicas para a execução dos trabalhos (alvará adequado para a 4.ª subcategoria da 1.ª categoria, à qual correspondem os trabalhos mais expressivos da empreitada).



Tribunal de Contas

I.5. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

I.6. São as seguintes as questões a resolver:

- Se pode aceitar-se a definição feita *a posteriori* pela recorrente da Subcategoria que deveria ter sido exigida no programa de concurso, nos termos da primeira parte do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004;
- Se pode dar-se por verificado que a adjudicatária possui a habilitação técnica adequada à execução da obra;
- Se a ilegalidade verificada constitui fundamento suficiente para a recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;
- Se existem razões para usar a faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. DOS FACTOS

O recorrente veio, no recurso, aceitar toda a factualidade relevante identificada na Decisão recorrida, nos seus pontos 1 a 4, pelo que a mesma se dá aqui como confirmada e reproduzida.

II.2. DA VIOLAÇÃO DO N.º 1 DO ARTIGO 31.º DO DECRETO-LEI N.º 12/2004, DE 9 DE JANEIRO

- a) De acordo com o disposto nos artigos 66.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, os programas de concurso para a realização de obras públicas devem identificar as condições e habilitações que os concorrentes devem possuir e demonstrar para que possam ser admitidos a concurso, nos termos do artigo 54.º do mesmo diploma legal.

De entre essas condições, conta-se o certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas, destinado a comprovar a idoneidade e a capacidade financeira, económica e técnica do empreiteiro para a realização dessas obras.

Este certificado contém a identificação dos trabalhos que o empreiteiro se encontra autorizado a realizar, de acordo com o respectivo tipo e valor, classificando-os em categorias, subcategorias e classes (Vd. Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, e



Tribunal de Contas

Portarias n.ºs 19/2004, de 10 de Janeiro, 73/2007, de 11 de Janeiro, e 6/2008, de 2 de Janeiro)².

Nos termos do disposto nos artigos 66.º, n.º 1, alínea a), e 69.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, no artigo 31.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, e no ponto 6.2. do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, o dono da obra deve identificar, em cada concurso, no respectivo programa, as autorizações necessárias para a concreta obra em causa.

De acordo com estes preceitos, o programa de concurso identifica, para o efeito, as subcategorias necessárias à execução de cada um dos trabalhos especializados incluídos na obra, para as quais os concorrentes necessitam de ter a autorização necessária na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitem.

Os mesmos preceitos impõem que o programa de concurso identifique uma única subcategoria, que respeite ao tipo de trabalhos mais expressivo no âmbito da obra, para a qual se exigirá classe que cubra o valor global da obra e não apenas o valor dos trabalhos especializados correspondentes a essa subcategoria.

Conforme resultava do probatório dado como assente na 1.ª instância, o programa do concurso da obra em causa identificou as autorizações necessárias da seguinte forma:

“O certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas previsto na alínea a) do n.º 6.1 deve conter:

- *Alvará da 1.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª e 9.ª Subcategorias da 1.ª Categoria, da classe correspondente, cada uma, ao valor dos trabalhos especializados que lhes respeitem, consoante parte que a cada uma desses trabalhos cabe na proposta;*
- *Alvará da 1.ª, 7.ª, 8.ª e 12.ª Subcategorias da 4.ª Categoria, da classe correspondente, cada uma, ao valor dos trabalhos especializados que lhes respeitem, consoante parte que a cada uma desses trabalhos cabe na proposta;*
- *Alvará da 1.ª, 2.ª, 9.ª, 10.ª, 11.ª e 12.ª Subcategorias da 5.ª Categoria, da classe correspondente, cada uma, ao valor dos trabalhos especializados que lhes respeitem, consoante parte que a cada uma desses trabalhos cabe na proposta.”*

Foram, assim, especificadas as autorizações necessárias para cada tipo de trabalhos especializados incluídos na obra, e foi mencionado que as classes necessárias eram as correspondentes ao valor desses trabalhos. Nesta parte, nada há a censurar.

Não foi, no entanto, identificada no programa de concurso a subcategoria correspondente ao tipo de trabalhos mais expressivo, cuja classe deveria cobrir o valor global da proposta, conforme se exige no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004.

² De acordo com o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, a «Categoria» e a «Subcategoria» identificam o tipo de obras e de trabalhos especializados nela incluídos e a «Classe» é o escalão de valores das obras que, em cada tipo de trabalhos, as empresas estão autorizadas a executar.



Tribunal de Contas

- b) A Decisão recorrida refere, no seu ponto 5, que deveria ter sido exigido que a autorização da 5.^a subcategoria da 1.^a categoria fosse de classe que cobrisse o valor global da proposta, por ser essa a subcategoria que integrava o valor mais expressivo dos trabalhos.

Esta conclusão teve por referência o valor dos trabalhos enquadráveis em cada uma das subcategorias, tal como constavam da proposta escolhida (cfr. alíneas d) e e) do n.º 3 da Decisão), atendendo a que o orçamento do projecto não constava do processo (cfr. nota 6 da Decisão).

A recorrente veio alegar a este respeito que:

“ (...) pese embora não tenha sido exigida a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivo, conforme dispõe o n.º 1 do art. 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, a subcategoria que em concreto deveria ter sido exigida era a 4.^a subcategoria da 1.^a categoria, em conformidade com o orçamento do projecto, conforme doc. 1 que se junta”;

“Ao invés da 5.^a subcategoria, da 1.^a categoria, conforme referido no ponto 5 da douta sentença ora recorrida”;

“Acresce que a verificação da habilitação dos concorrentes em classe correspondente ao valor global da proposta não pode ser efectuada com base nas propostas apresentadas (...)”;

- *“Aliás, se se atentar às declarações dos trabalhos a efectuar em cada uma das subcategorias integrantes das propostas apresentadas a concurso, verifica-se que o tipo de trabalhos mais expressivos em cada uma delas é variável (...)”.*

Consideremos, então, o que vem alegado.

A análise dos elementos juntos ao processo (quer os que constavam do processo de fiscalização prévia, quer os que foram juntos pela recorrente no recurso, quer os que foram posteriormente solicitados à recorrente a requerimento do Ministério Público) evidencia que existiam divergências significativas nos preços propostos pelos vários concorrentes nos diversos itens do mapa de quantidades dos trabalhos, os quais divergem também dos valores constantes do orçamento do projecto nos correspondentes itens. Esta situação, em si, pode considerar-se própria dos processos concorrenciais.

No entanto, essa circunstância conduz a que a subcategoria a que correspondem os trabalhos mais expressivos, em termos de montante, varie de proposta para proposta³ e não coincida com a que resultaria dos montantes indicados no orçamento do projecto. Nuns casos, os trabalhos financeiramente mais expressivos são os de “alvenarias, rebocos e assentamentos de cantarias”, noutros são os de “instalações eléctricas”, os de “estruturas e elementos de betão”, os de “carpintarias” ou os de

³ Vd. docs 7 a 11 juntos às alegações de recurso e propostas dos concorrentes, a fls. 73 a 224 dos autos.



Tribunal de Contas

“estuques, pinturas e outros revestimentos”. Cada uma destas situações corresponde a uma subcategoria diferente.

Como a recorrente e o Ministério Público salientam, e a própria Decisão de 1.^a instância parece reconhecer, na respectiva nota 6, a definição, pelo programa de concurso, da subcategoria a que corresponde o tipo de trabalhos mais expressivo não pode, por natureza, basear-se nas propostas dos concorrentes, pois as mesmas não foram ainda apresentadas nessa fase. Só pode, então, assentar na estimativa do próprio dono da obra, consubstanciada no orçamento do projecto.

Sucedede que só em recurso a recorrente veio alegar que, de acordo com esse orçamento, também só agora enviado, o volume de trabalhos mais expressivo era o correspondente à 4.^a subcategoria da 1.^a categoria.

Ora, se atentarmos no teor de alguns dos itens elencados no orçamento e mapa de quantidades verificamos que integram trabalhos reconduzíveis a mais de uma subcategoria, sem que sejam especificados os valores respeitantes a cada trabalho e esclarecida a respectiva imputação.

A título de exemplo, considerem-se os itens 4.2, 4.3, 5.1 e 5.2, no orçamento do projecto (junto ao processo apenas na fase do recurso) e na proposta da adjudicatária:

Descrição dos trabalhos	Valor no orçamento do projecto	Valor na proposta da adjudicatária
<i>4.2. Emboço, salpico e reboco sarrafado em paredes com estuque acrílico do tipo “Novicril Ref. 160” da Matesica ou de produto equivalente, com aplicação de primário do tipo “Armadura Ref. 021.0004” e pintura a tinta anti-fungos do tipo “Robbiotel aquoso” série 25 da Robbialac ou de produto equivalente, incluindo todos os trabalhos necessários</i>	€ 29.417,11	€ 15.609,08
<i>4.3. Emboço, salpico e reboco sarrafado em paredes com argamassa de “Reabilitação RBE 40” da Secil ou de produto equivalente ou com “Microcem 315” da Tecnochem ou equivalente, com acabamento a primário tipo “Armadura Ref. 024.00” da Robbialac, tinta texturada fina do tipo “Robbialac” ou produto equivalente ou de produto equivalente, incluindo todos os trabalhos necessários</i>	€ 23.645,79	€ 8.782,72
<i>5.1. Emboço, salpico e reboco sarrafado em tectos com estuque acrílico do tipo “Novicril Ref. 160” da Matesica ou de produto equivalente, com aplicação de primário do tipo “Armadura Ref. 021.0004” e pintura a tinta anti-fungos do tipo “Robbiotel aquoso” série 25 da Robbialac ou de produto equivalente, incluindo todos os trabalhos necessários</i>	€ 2.005,45	€ 1.241,47
<i>5.2. Fornecimento e montagem de tecto em gesso cartonado com 1200x2000x12,5 mm do tipo “Knauf” ou produto equivalente, com acabamento a tinta anti-fungos do tipo “Robbiotel aquoso” série 25 da Robbialac ou de produto equivalente, incluindo estrutura com perfis, cabos de suspensão e canais de fixação em alumínio da “Knauf” ou equivalente, peças para compensação/fixação em madeira de pinho bem como todos os trabalhos necessários (conforme planta de pormenores)</i>	€ 7.290,95	€ 6.750,88
TOTAL destes itens	€ 69.359,30	€ 32.384,15



Na descrição destes itens incluem-se trabalhos de reboco e trabalhos de pintura. Parte dos trabalhos seriam, então, correspondentes à 4.^a subcategoria da 1.^a categoria (Alvenarias, rebocos e assentamento de cantarias) e outra parte à 5.^a subcategoria da mesma categoria (Estuques, pinturas e outros revestimentos). O valor unitário destes itens é por m², sem distinguir o valor para cada parcela. Não estando estabelecida a distinção e especificado do montante de cada tipo, como foram os trabalhos e valores imputados a uma ou outra subcategoria?

A adjudicatária, na sua proposta, atribui o montante global de € 7.771,16 aos trabalhos da 4.^a subcategoria (Alvenarias, rebocos e assentamento de cantarias), valor muito inferior ao total proposto para os 4 itens acima referidos (€ 32.384,15), pelo que se pode concluir que classificou a maioria dos trabalhos neles incluídos como trabalhos de pintura.

A recorrente, nas alegações de recurso, veio atribuir o montante global de €10.739,45 aos trabalhos da 5.^a subcategoria (Estuques, pinturas e outros revestimentos), valor muito inferior ao total do valor orçamentado para os 4 itens acima referidos (€ 69.359,30), pelo que se pode concluir que classificou a maioria dos trabalhos neles incluídos como trabalhos de alvenaria e reboco.

A análise e confronto dos valores apresentados leva, pois, a crer que, para além das diferenças nas estimativas e preços, se verificaram também, entre o dono da obra e a adjudicatária, diferenças nos critérios de imputação dos trabalhos às subcategorias.

Acresce que a recorrente só em sede de recurso veio alegar que o volume de trabalhos mais expressivo era o correspondente à 4.^a subcategoria da 1.^a categoria.

Ora, essa definição só é feita, no caso, numa fase em que já foi feita a adjudicação, é desconforme com o que resulta da proposta adjudicatária, e, como ilustra o exemplo acima apontado, obedece a critérios que não estão clarificados e que aparentam ser diversos dos dessa empresa.

Para além de não ser seguro que, se a especificação exigida pela lei tivesse sido feita oportunamente, ela seria aquela que a autarquia veio agora defender, a definição *a posteriori* de um requisito de qualificação ofende princípios de imparcialidade e objectividade, permitindo que se suscite a hipótese de afeiçoamento às autorizações detidas pela empresa escolhida.

Não podemos, assim, aceitar a classificação, alegada e só agora feita pela recorrente, quanto ao volume de trabalhos mais expressivo ser o correspondente à 4.^a subcategoria da 1.^a categoria.

- c) O programa de concurso era insuficiente por não conter a especificação da subcategoria para a qual os concorrentes deveriam estar autorizados a realizar



trabalhos na classe correspondente ao valor global da proposta. Não definiu um necessário requisito de admissão a concurso e, por essa razão, era ilegal.

A insuficiência verificada e a indicação de que esses concorrentes deveriam tão só mostrar estar habilitados para desenvolver os trabalhos especializados nas classes correspondentes ao valor de cada um desses trabalhos na proposta, eram susceptíveis de permitir a apresentação e admissão a concurso de concorrentes com autorizações de valor inferior ao do montante global da proposta.

A ilegalidade praticada não conduzia, assim, a uma eventual restrição da concorrência, embora fosse susceptível de determinar um diferente universo de candidatos e, por essa via, de alterar o resultado do processo de escolha. O risco mais significativo era, no entanto, o de se admitirem e escolherem candidatos sem capacidade legal suficiente para a execução dos trabalhos, como bem se referiu no ponto 7 da Decisão de 1.^a instância.

A escolha de um empreiteiro sem a habilitação legal prejudicaria a realização da obra nas condições adequadas, como se disse no ponto 8, alínea b), da Decisão, e violaria o disposto no n.º 3 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que claramente estabelece que o dono da obra deve assegurar-se de que a mesma é executada por detentor das habilitações correspondentes à natureza e valor dos trabalhos a realizar.

II.3. DA EVENTUAL POSSE PELO ADJUDICATÁRIO DAS HABILITAÇÕES ADEQUADAS PARA A REALIZAÇÃO DA EMPREITADA.

A recorrente, tendo alegado que a subcategoria que, em concreto, deveria ter sido exigida em classe correspondente ao valor global da obra era a 4.^a subcategoria da 1.^a categoria, mais invocou que todos os concorrentes admitidos, em especial a adjudicatária, dispunham dessas habilitações, pelo que o risco acima referido não se concretizou.

Refere a autarquia que a classe 2 desta subcategoria, detida pela adjudicatária, lhe permite efectuar trabalhos até ao montante máximo de € 434.000,00, nos termos da majoração efectuada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 20/2003/A.

Assim era efectivamente, à data da abertura do concurso, por força das disposições conjugadas do n.º 5 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 61/99, de 2 de Março, da Portaria n.º 73/2007, de 11 de Janeiro, e do artigo 3.º daquele diploma legislativo regional, publicado no *Diário da República*, I Série - A, de 6 de Maio de 2003.

Às datas da adjudicação e celebração do contrato vigorava já a Portaria n.º 6/2008, de 2 de Janeiro, que determinou que à classe 2 correspondia um limite de € 320 000, o que, com a majoração referida, significa que, na Região Autónoma dos Açores, tal autorização permite a realização de obras até € 448.000.



Em ambos os casos estamos perante valores superiores ao valor global da presente obra, pelo que podemos concluir que para a execução da mesma são suficientes autorizações da classe 2.

Só que a questão está em saber se a classe 2 era exigível relativamente à 4.^a subcategoria da 1.^a categoria, como pretende a recorrente, à 5.^a subcategoria da 1.^a categoria como se afirmou na Decisão recorrida ou em relação a outra qualquer subcategoria.

Concluimos no ponto anterior que os elementos do processo e do recurso não nos permitem identificar com clareza qual é a subcategoria a que correspondem os trabalhos mais expressivos, uma vez que o dono da obra não definiu oportunamente esse parâmetro e não existe coerência nem garantias de imparcialidade nas classificações que só veio a invocar em sede de recurso.

Ora, se é certo que a adjudicatária possui a classe 2 na 4.^a subcategoria da 1.^a categoria, verifica-se do documento junto aos autos que na maioria das outras subcategorias (nomeadamente na 5.^a) apenas está autorizada a executar obras da classe 1 (a que corresponde o limite de € 217.000 em 2007 e de € 224.00 em 2008⁴). Essas autorizações não seriam suficientes se essas categorias fossem aquelas a que correspondessem os trabalhos mais expressivos.

Deste modo, não é possível concluir, como pretende a recorrente nas suas alegações, que a adjudicatária detém as habilitações legalmente exigidas para a execução da obra.

II.4. DA EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A RECUSA DE VISTO AO CONTRATO.

A recorrente veio alegar que a violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 não constitui, em concreto, fundamento da recusa de visto ao contrato, uma vez que da sua não observância não resultou nenhuma alteração do resultado financeiro, por todos os concorrentes admitidos e, em particular, o adjudicatário, disporem da autorização necessária para a execução da obra (classe 2 ou superior na 4.^a subcategoria da 1.^a categoria).

Vimos já que não é líquido que fosse essa a subcategoria relevante para aferição da classe correspondente ao valor global dos trabalhos e que, a ser outra, a adjudicatária não deteria a habilitação legalmente exigida para a execução da obra. Nessa hipótese, a dona da obra não poderia ter procedido à admissão da adjudicatária a concurso e à subsequente adjudicação, por a isso obstar o disposto no n.º 3 do referido artigo 31.º.

⁴ Valores constantes das Portarias n.ºs 73/2007 e 6/2008, conjugadas com o Decreto Legislativo Regional n.º 20/2003/A, já acima citados.



Tribunal de Contas

Ora, como tem sido amiúde referido em inúmeros Acórdãos deste Tribunal, quando na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC se diz que constitui fundamento da recusa de visto a “*ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que, para fundamentar essa recusa, basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

No caso, a existência desse risco já ficou demonstrada.

Não tem, pois, razão a recorrente quando afirma, no ponto 17 e na conclusão VIII das suas alegações, que não se verifica o fundamento da recusa de visto previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, invocado na Decisão recorrida.

Refere a recorrente, no n.º 18 das alegações de recurso, que “*Além do mais, mesmo que se considere estar preenchido o fundamento de recusa de visto previsto na alínea c) do n.º 3 do art. 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, pode o Tribunal em decisão fundamentada conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades, nos termos do disposto no n.º 4 do mesmo preceito legal*”.

Mais invoca nos n.ºs 12 e 13 das mesmas alegações:

“12- A douta decisão recorrida que recusa o visto ao contrato sub judice tem também por fundamento o não acatamento da recomendação constante da Decisão n.º 16/2007-SRATC, de 23 de Outubro de 2007, que alertava para o facto de que a não especificação da subcategoria de classe que cubra o valor global da obra poderia conduzir a que fossem admitidos concorrentes que, embora preenchendo os requisitos do programa de concurso, não estariam habilitados a executar a obra.

13- Embora o não acatamento de uma recomendação do Tribunal de Contas seja um facto repreensível, afigura-se-nos que a recusa do visto com todas as consequências que daí podem advir (art. 45.º da Lei 98/97, de 26/08) é, no circunstancialismo fáctico descrito, desproporcionada e desajustada.”

Como consta do probatório da Decisão de 1.ª instância, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas havia já anteriormente usado da faculdade a que se refere o n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC em processo semelhante do Município da Ribeira Grande e dirigido a esta autarquia, na Decisão n.º 16/2007-SRTCA, uma recomendação na matéria em causa.

A recomendação formulada nessa Decisão foi a seguinte:

“Para efeitos de admissão a procedimentos de contratação de empreitadas de obras públicas, deve ser exigida uma subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral quando adequada à obra.”

Refira-se que:



Tribunal de Contas

- A factualidade e a análise jurídica constantes da Decisão n.º 16/2007- SRTCA são praticamente idênticas à da Decisão ora recorrida, sendo inquestionáveis a clareza e o sentido da recomendação e da conduta a adoptar. Não são, aliás, objecto de qualquer reserva pela autarquia;
- A Decisão n.º 16/2007 – SRTCA é anterior à decisão de abertura do procedimento ora em apreciação e deveria ter sido nele acatada;
- A autarquia reconhece que o seu não acatamento é um facto repreensível, não adiantando qualquer justificação para o efeito;
- A própria Decisão n.º 16/2007 já referia a existência de uma anterior recomendação na mesma matéria, dirigida à mesma autarquia, constante da Decisão n.º 29/2004- SRTCA, de 8 de Outubro de 2004, do seguinte teor:

“Para efeitos de admissão a procedimentos de contratação de empreitadas de obras públicas deve ser exigida a titularidade de alvará contendo as habilitações correspondentes à natureza e valor dos trabalhos a realizar”.

No corpo desta Decisão identificava-se já a violação de norma equivalente ao disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, constante da Portaria n.º 3 da Portaria n.º 412-I/99, de 4 de Junho.

Entendeu a Secção Regional que não se justificava utilizar mais uma vez a faculdade estabelecida no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC. A nosso ver, bem.

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

Deve, por isso, compreender-se que a concessão de visto nestes casos corresponde à excepção e não à regra, que exige fundamentação adequada, que a apreciação é sempre casuística e que depende da ponderação concreta dos interesses em presença.

O identificado risco de alteração do resultado financeiro e o facto de a autarquia ter sido oportunamente alertada para a ilegalidade em causa e para a necessidade da sua correcção são motivos suficientes para não utilizar a faculdade referida.

Não se reconhece, pois, qualquer desproporção ou desajuste na Decisão recorrida, não existindo fundamentos para a alteração do juízo que, na matéria, foi feito pela 1.ª instância.



III. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, 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, 20 de Janeiro de 2008

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(João Figueiredo)

(Helena Ferreira Lopes) declaração de voto em anexo.

(António Santos Soares) declaração de voto em anexo.



Tribunal de Contas

(Jorge Leal)

Rec. Ordº nº 19/2008

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei o acórdão com fundamento na violação do disposto no artigo 31º, nº1, do DL nº 12/2004 de 9 de Janeiro, e na jurisprudência deste Tribunal nessa matéria, que também subscrevo.

Igualmente votei a confirmação da recusa de visto, dada a violação de lei atrás referida, - que tem potencialidade para alterar o resultado financeiro do contrato, - o que, conjugado com a circunstância de a recorrente já ter sido objecto de duas recomendações sobre a matéria, - que não acatou -, não faz com que esteja reunido o condicionalismo que justificaria a concessão do visto com a formulação de recomendação.

O Juiz Conselheiro

(António M. Santos Soares)



Declaração de voto vencida:

Diz-se no Acórdão:

I)

Deste modo, não é possível concluir, como pretende a recorrente nas suas alegações, que a adjudicatária detém as habilitações legalmente exigidas para a execução da obra.” (pág. 9).

E mais à frente diz:

“Vimos já que não é líquido que fosse essa a subcategoria relevante para aferição da classe correspondente ao valor dos trabalhos e, a ser outra, há um risco sério de a adjudicatária não deter habilitação legalmente exigida para a execução da obra. Nessa hipótese, o dono da obra não poderia ter procedido à admissão da adjudicatária a concurso e à subsequente adjudicação....”.

Ora, quando na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC se diz que constitui fundamento de recusa de visto “a ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro”, pretende-se significar que, para fundamentar essa recusa, basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do resultado financeiro.

No caso, a existência desse risco já ficou demonstrada”;



Ora face ao ficou dito, parece-nos que existem dúvidas sobre a afirmação contida na alínea b) do ponto 8 da Decisão recorrida quando aí se afirma que: ***A ilegalidade verificada alterou o resultado financeiro na medida em que o co-contratante não possui a habilitação necessária, pelo que não fica assegurada a realização da obra nas condições adequadas.***

E não se podendo concluir pela **não** posse por parte do co-contratante da habilitação necessária para a realização da obra (n.º 3 do art.º 31.º do DL 12/2004), também não se pode dar como assente a ilegalidade supra referida, sendo certo que só da constatação desta se poderia dar “o passo seguinte”, ou seja, saber se essa ilegalidade é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.

II – Por outro lado, e, embora se nos afigure provada a ilegalidade constante do n.º 1 do art.º 31.º do DL 12/2004, afigura-se-nos que tal ilegalidade, na circunstância, não constitui fundamento suficiente de recusa do visto ao contrato, pelas seguintes razões:

- a) A única recomendação que se poderá considerar não acatada, quanto a este normativo, é a da Decisão n.º 16/2007-SRTCA (a Decisão n.º 29/2004-SRTCA não diz respeito ao n.º 1 do art.º 31.º do DL 12/2004 e tem um conteúdo genérico e diverso da previsão e estatuição constante no n.º 1 do art.º 31.º)
- b) E, embora o não acatamento de uma recomendação do Tribunal de Contas seja um facto censurável, **afigura-se-nos que a**



Tribunal de Contas

recusa do visto ao contrato com todas as consequências que daí podem advir (art.º 45.º da Lei 98/97, de 26/08), é, neste circunstancialismo (a existência de uma única recomendação não acatada e o grau de gravidade de ilegalidade verificada, que poderíamos denominar de “não muito grave”), **desproporcionada e desadequada.**

III – Entendo, por isso, que seria de conceder o visto com recomendações, nos termos do n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

A Juíza Conselheira

(Helena Ferreira Lopes)