



DECISÃO N.º 5/2010 – SRTCA

Processo n.º 09/2010

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o contrato de empreitada de reabilitação e beneficiação do Caminho da Zona Industrial de Santa Luzia – Aeroporto e diversos arruamentos na freguesia de Santa Luzia, São Roque do Pico, celebrado a 18 de Janeiro de 2010, entre a Cais Invest – Empresa para o Desenvolvimento do Município de São Roque do Pico, EEM, e Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, SA, pelo preço de € 950 139,23, acrescido de IVA, e com o prazo de execução de 120 dias.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto à escolha do procedimento pré-contratual.
3. Para além dos factos referidos no ponto 1, relevam os seguintes:
 - a) Em 28-09-2009, o Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, deliberou abrir um procedimento com vista à adjudicação da empreitada de reabilitação e beneficiação do Caminho da Zona Industrial de Santa Luzia – Aeroporto e diversos arruamentos na freguesia de Santa Luzia, São Roque do Pico, aprovou o projecto de execução e o caderno de encargos – cláusulas jurídicas (Acta n.º 22/2009, ponto 3. da ordem de trabalhos).
 - b) A mencionada deliberação definiu os termos do procedimento, destacando-se:
 - (...)
 3. Órgão que tomou a decisão de contratar: Conselho de Administração da Cais Invest, E.E.M., de acordo com o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
 4. A proposta será entregue até às 16,30 horas do próximo dia 30 de Outubro de 2009, pela entidade convidada ou seus representantes, na Divisão Administrativa e Financeira da Câmara Municipal de São Roque do Pico (...).
 - (...)



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2010 (Processo n.º 9/2010)

12. O preço base do presente procedimento é de **€ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil euros)**, não incluindo o Imposto sobre o Valor Acrescentado.

13. Sem prejuízo de prazo inferior que o concorrente proponha, o prazo máximo de execução da empreitada é de **120 dias** (...).

(...)

- c) O Presidente do Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, dirigiu à Tecnovia Açores, SA, em 12-10-2009, um convite à apresentação de proposta para a realização da empreitada.
- d) Nenhuma outra entidade foi convidada a apresentar proposta.
- e) A Tecnovia Açores, SA, apresentou a sua proposta, datada de 30-10-2009.
- f) Por deliberação de 09-11-2009, o Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, adjudicou a empreitada, mediante proposta do Presidente do Conselho de Administração, de 02-11-2009.
- g) Por deliberação de 30-11-2009, o Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, aprovou a minuta do contrato de empreitada e delegou no Presidente do Conselho de Administração poderes de outorga.
- h) Quanto ao financiamento da obra, o Presidente do Conselho de Administração declarou que a empresa municipal contraiu um empréstimo no montante de € 4 270 000,00 e que, em 10-01-2010, encontrava-se disponível para utilização a quantia € 2 000 000,00, o que foi comprovado por declaração da instituição de crédito financiadora.
- i) Em segunda devolução do processo questionou-se a entidade a fim de esclarecer, nomeadamente, a sua intervenção na contratação em causa, uma vez que parecia resultar dos documentos que instruem o processo tratar-se de uma obra a realizar no domínio público municipal destinada exclusivamente a satisfazer as necessidades prosseguidas pelo Município, sem qualquer conexão com alguma actividade empresarial desenvolvida pela Cais Invest, EEM; essa intervenção tem natureza exclusivamente administrativa – escolha do empreiteiro e gestão do contrato de empreitada – actividade que, isoladamente, está vedada às empresas municipais (n.º 1 do artigo 5.º



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2010 (Processo n.º 9/2010)

da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro) e o recurso ao ajuste directo não permitiria ao Município de São Roque do Pico celebrar directamente o presente contrato (primeira parte da alínea *a*) do artigo 19.º do CCP), pelo que a intervenção da Cais Invest, EEM, teve como efeito o afastamento do concurso público, com a consequente susceptibilidade de agravação do resultado financeiro por não ter sido adoptado um procedimento concorrencial. Solicitou-se, ainda, o esclarecimento do motivo por que não foi considerado conveniente convidar a apresentar proposta mais de uma entidade (n.º 1 do artigo 114.º do Código dos Contratos Públicos – CCP), com o objectivo de eventualmente obter condições mais favoráveis, sendo certo que a empresa está obrigada a assegurar a igualdade de oportunidades aos interessados, conforme exige o n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 53-F/2006¹.

j) Em resposta, o Presidente do Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, alegou, em síntese.

(...)

1- As actividades em causa têm pleno cabimento nas disposições estatutárias da empresa municipal. Em abstracto, sempre se diria que o facto, em si, de uma actividade em concreto não haver sido antes protagonizada pela empresa, não cercearia a possibilidade de, em qualquer momento, vir a sê-lo. De resto, se não fosse para prosseguir fins públicos também com reflexo para os interesses municipais, a empresa municipal não existiria. Obviamente que a sua actividade tem – e teve – enquadramento nos contratos-programa celebrados, nomeadamente aquando da contratação de empréstimo bancário com o Banco Comercial Português, SA, em benefício da Cais Invest, E.E.M., precisamente destinado, entre outros, ao investimento ora em causa (...).

Depois de transcrever, parcialmente, os artigos 3.º e 4.º dos estatutos da empresa e de mencionar que a empreitada se encontra concretamente equacionada nos documentos designados por *Alteração ao orçamento de funcionamento e orçamento de investimento – Proposta alterada de Julho 09 – Nota explicativa e justificativa e Alteração do Plano Anual e Plurianual de Actividades, de Investimento e Financeiro exercícios de 2009/2011-(Julho de 2009)*, documentos estes que foram incluídos no processo, conclui:

Demonstra-se, deste modo, factual e inequivocamente, que a decisão de que seria a empresa municipal a elaborar a empreitada em referência entronca em todos os pressupostos jurídicos e económicos para que a empresa municipal foi concretamente cri-

¹ Ofício n.º UAT-I 57, de 19-02-2010.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2010 (Processo n.º 9/2010)

ada, o que (quanto à criação da empresa e realização do seu objecto social) se alicerça também em decisões de mérito.

Quanto à legalidade, o facto de a lei permitir que os *limites legais* para a realização da despesa pública com empreitadas a realizar por empresas municipais sejam superiores ao dos Municípios escapa, naturalmente, a esta empresa (traduzindo desiderato legislativo que certamente foi tido em devida conta pelo legislador do CCP) e não pode ser tido como factor “penalizador” (ou de *suspeição* sobre) (d)as empresas, que apenas seguem a lei nessa matéria, no caso o estabelecido no artigo 19.º/b) do CCP.

(...)

2- Com o devido respeito, o art. 114º/1 do CCP encontra-se redigido, literalmente, com a expressa menção de que, **sempre que o considere conveniente**, poderá a entidade adjudicante convidar a apresentar proposta mais de uma entidade – e não o contrário, já que a regra para o *ajuste directo* resulta *ope legis*, ou seja, em geral apenas condicionada pelo *valor legal limite* do recurso ao ajuste directo, não tendo de ser especialmente fundamentada a escolha de *apenas uma* entidade adjudicatária.

(...)

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 12.º da Lei das Empresas Municipais, afirmando *princípios gerais* tidos por normalmente aceites em matéria de contratação, não colide com (nem afasta) as prerrogativas legais instituídas pelo CCP, pois, de outro modo, também os artigos 19º e 20º do CCP se deveriam ter por absolutamente contrários aos princípios e regras comunitárias (regras estas que, como é sabido, também admitem derrogações ao princípio da concorrência, não estendendo a todas e quaisquer situações de contratação o seu âmbito de aplicação, em determinadas situações, o princípio geral da concorrência).

Sempre se dirá, todavia, que a escolha do ajuste directo recaiu também sobre a empresa em questão dada a sua conhecida competência e qualidade técnicas no âmbito de empreitadas da presente natureza e com trabalhos e disponibilidade de mão-de-obra e equipamentos (recursos técnicos e humanos) directos na ilha do Pico, sem necessidade de fazer deslocar especialmente mais maquinaria ou mão-de-obra e assim se acautelando igualmente, devidamente, os aspectos económicos respeitantes à inerente redução de custos (pois é totalmente diferente lançar um concurso aberto à generalidade de empreiteiros que teriam ainda de fazer chegar recursos à ilha do Pico, do que aproveitar, dentro dos limites legais, os meios daqueles que já se encontram instalados no terreno e em quem se deposita total confiança).

E bem se compreende que assim seja, pois, além dos referidos artigos legais – em especial os arts. 19º e 20º do CCP conterem já um verdadeiro *regime geral regra* em matéria de *valores* ao abrigo dos quais é sempre possível uma entidade adjudicante recorrer ao ajuste directo, subjacente à escolha da(s) entidade(s) convidada(s), em *concreto*, está também um conjunto de razões que se prendem, naturalmente, com o *conhecimento* que a entidade adjudicante possui (se não, *directamente*, do(s) potencial(ais) adjudicatário(s), ao menos) das condições concretas de mercado e de qual ou quais a(s) entidade(s) a convidar que melhor corresponderão ao interesse público a prosseguir – estas razões não necessitaram de estar expressas na decisão de convite da Tecnovia, pois estão sempre pressupostas, já que, de outro modo, nem sequer se poderia ter recorrido ao ajuste directo).

- k) Em 06-10-2006, o Município de São Roque do Pico e a Cais Invest, EEM, celebraram um contrato-programa, do qual se destaca:



(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA

1 – O presente contrato tem por objecto a definição das formas de participação, colaboração e apoio por parte da CMSRP à criação, implementação, desenvolvimento, instalação, apetrechamento e conservação dos Equipamentos, bem como a definição do conjunto de atribuições e responsabilidades da CAIS INVEST no exercício do seu objecto social.

(...)

CLÁUSULA TERCEIRA

1 - Para cumprimento das obrigações assumidas pela CAIS INVEST neste contrato, que se traduzem na realização de um investimento de rentabilidade não demonstrada, tendo em atenção que as rendas de exploração, não cobrem a totalidade dos custos envolvidos na criação, implementação desenvolvimento, instalação, apetrechamento e conservação dos Equipamentos, a CMSRP apoiará financeiramente a CAIS INVEST, mediante a transferência de verbas do seu orçamento, nos montantes previstos no Plano de Actividades anexo.

(...)

3 - No caso de os montantes referidos no número anterior se revelarem insuficientes, a CMSRP compromete-se a reforçar as referidas verbas, até atingir o montante que se vier a apurar ser o da efectiva cobertura de todos os custos previstos no citado Plano de Actividades da CAIS INVEST.

- l) Em 03-09-2008, foi celebrado um aditamento ao contrato-programa, o qual prevê a transferência do Município de São Roque do Pico para a Cais Invest, EEM, durante um período de 20 anos (de 2009 a 2028) de um montante global de € 8 891 463,20.
- m) Nos documentos designados por *Alteração ao orçamento de funcionamento e orçamento de investimento – Proposta alterada de Julho 09 – Nota explicativa e justificativa e Alteração do Plano Anual e Plurianual de Actividades, de Investimento e Financeiro exercícios de 2009/2011-(Julho de 2009)*, consta a previsão da obra em causa.

4. A principal questão a resolver prende-se com a **escolha do procedimento de ajuste directo** para a formação do presente contrato de empreitada de obras públicas.

A Cais Invest, EEM, é uma entidade adjudicante referida na alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos (CCP); o preço base foi fixado em € 960 000,00, sendo o preço contratual de € 950 139,23.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2010 (Processo n.º 9/2010)

Com estes pressupostos, a lei confere o poder discricionário de escolha dos procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, nos termos dos artigos 18.º e 19.º, alínea *a*), do CCP².

Todavia, o acto de escolha do procedimento pré-contratual não é totalmente discricionário³. O acto é vinculado pelo menos em relação a quatro aspectos: quanto à competência, ao fim, ao respeito pelos princípios, designadamente os especialmente aplicáveis à contratação pública, e à obrigatoriedade de fundamentação⁴.

A decisão de escolha do procedimento pré-contratual foi tomada pelo órgão competente – o Conselho de Administração da Cais Invest, EEM⁵ –, e não se suscitam dúvidas sobre a finalidade do acto.

Resta, então, verificar a observância dos princípios aplicáveis à contratação pública e a fundamentação do acto.

4.1. Sobre a fundamentação do acto, rege o artigo 38.º do CCP, conjugado com o artigo 125.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

O artigo 38.º do CCP dispõe:

² Referindo expressamente a discricionariedade na escolha do procedimento pré-contratual, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª edição, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2009, p. 347.

³ Como assinala Freitas do Amaral, «...em rigor, não há actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discricionários. Todos os actos administrativos são em parte vinculados e em parte discricionários». *Cfr.*, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 78.

⁴ Artigos 1.º, n.º 4, 36.º, n.º 1, e 38.º do CCP. Sobre as vinculações dos actos praticados no exercício de poderes discricionários, *cfr.*, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, pp. 76-78, e JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 5.ª edição, Âncora Editora, Lisboa, 2000, pp. 66-72, o qual salienta que «O termo *discricionari-idade* remete-nos para a ideia de *escolha*, de fazer uma coisa quando se poderia ter feito outra. Melhor, *quando a lei permitiria que se tivesse feito outra*. Mas evoca também a ideia de escolha *parametrizada*, isto é, escolha dentro de certos limites». E acrescenta: «A decisão discricionária *tem* de assentar numa racionalidade própria, susceptível de algum tipo de controlo; não pode radicar num capricho (isso seria uma escolha *arbitrária*, perfeitamente lícita quando feita por um cidadão, mas inaceitável se feita por um órgão da Administração Pública».

⁵ O mesmo já não se poderá confirmar relativamente à escolha da entidade convidada, uma vez que não consta do processo qualquer deliberação do Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, sobre a matéria, apesar de ter sido pedida no ponto 4. do ofício n.º 57-UAT I, de 19-02-2010. *Cfr.*, n.º 1 do artigo 113.º do CCP.



Artigo 38.º
Decisão de escolha do procedimento

A decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no presente Código, deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar.

Por seu turno, o artigo 125.º do CPA, em especial n.ºs 1 e 2, dispõe:

Artigo 125.º
Requisitos da fundamentação

1 - A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão neste caso parte integrante do respectivo acto.

2 - Equivale à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto.

3 – (...).

Deste modo, a decisão de escolha do procedimento de formação de contratos deve ser fundamentada de forma expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão.

No entanto, a deliberação do Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, de 28-09-2009⁶:

- Começa por não escolher claramente o procedimento pré-contratual a seguir: infere-se que se trata de ajuste directo sem consultas apenas porque o ponto 4. dos termos do procedimento está formulado no singular, estabelecendo que «A proposta será entregue até às 16,30 horas do próximo dia 30 de Outubro de 2009, pela entidade convidada (...));»
- Depois, não é acompanhada de qualquer fundamentação.

Já na fase de contraditório foi alegado que «(...) a escolha do ajuste directo recaiu também sobre a empresa em questão dada a sua conhecida competência e qualidade técnicas no âmbito de empreitadas da presente natureza e com trabalhos e disponibilidade de mão-de-obra e equipamentos (recursos técnicos e humanos) directos na ilha do Pico». E acrescenta-se que, subjacente à escolha da entidade convidada, está também um

⁶ Ponto 3., alínea a), da matéria de facto.



conjunto de razões que se prendem com o conhecimento que a entidade adjudicante possui das condições concretas de mercado e de qual ou quais a(s) entidade(s) a convidar que melhor corresponderão ao interesse público a prosseguir, concluindo-se que «(...) estas razões não necessitaram de estar expressas na decisão de convite da Tecnovia, pois estão sempre pressupostas, já que, de outro modo, nem sequer se poderia ter recorrido ao ajuste directo».

Acontece que a lei exige uma fundamentação expressa, não se bastando com alegadas *razões pressupostas*.

4.2. Relativamente à observância dos princípios aplicáveis à contratação pública, interessa destacar os princípios da igualdade e da concorrência, previstos, juntamente com o princípio da transparência, no n.º 4 do artigo 1.º do CCP. Neste contexto interessa também salientar um outro princípio, identificado pela doutrina, que é o princípio da proporcionalidade⁷.

Por força do *princípio da igualdade*, nos procedimentos pré-contratuais devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar⁸.

O *princípio da concorrência* determina, por seu turno, que seja garantido o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, e que, em cada procedimento, seja consultado o maior número possível de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha. O princípio visa, nomeadamente, a salvaguarda do normal funcionamento do mercado e a melhor prossecução do interesse público, na medida em que a concorrência permite, em regra, que a celebração do contrato se faça nas melhores condições financeiras para a entidade adjudicante⁹.

O *princípio da proporcionalidade* impõe que, dentro dos limites legais, deve ser escolhido o procedimento pré-contratual mais adequado ao interesse público a prosseguir e

⁷ Sobre os princípios aplicáveis à contratação pública, *cfr.* RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp.51 e ss. Sobre os princípios da contratação pública específicos dos procedimentos pré-contratuais, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, p. 336-340, autores que, sobre esta matéria, se segue de perto.

⁸ Assim, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, p. 337.

⁹ *Idem*, p. 338.



que sejam ponderados os custos e os benefícios decorrentes da utilização de cada um dos procedimentos pré-contratuais¹⁰.

Em matéria de escolha do procedimento pré-contratual estes princípios têm a sua aplicação privilegiada precisamente em relação à contratação de valor inferior aos limiares para a aplicação das directivas relativas aos contratos públicos ou de valor inferior a € 1 000 000,00, a nível de direito interno, no tocante às entidades referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

Isto porque, para valores superiores, prevalecem, em vez dos princípios, as regras que impõem procedimentos concorrenciais.

Quanto aos contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das directivas relativas aos contratos públicos, importa reter o entendimento da Comissão sobre o assunto:

Estes contratos representam oportunidades de negócios significativas para as empresas no mercado interno, em particular para PME e empresas em fase de arranque. Ao mesmo tempo, métodos abertos e concorrenciais de adjudicação ajudam as administrações públicas a atrair uma gama mais alargada de concorrentes potenciais para esses contratos e a obter propostas economicamente mais vantajosas. Face aos problemas orçamentais com que se defrontam muitos Estados-Membros, é da maior importância assegurar a utilização mais eficaz dos dinheiros públicos. Importa ter presente que práticas transparentes de celebração de contratos constituem uma verdadeira salvaguarda contra a corrupção e o favoritismo.

Não obstante, em muitos casos, esses contratos ainda são adjudicados directamente a fornecedores locais sem qualquer concurso. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) confirmou na sua jurisprudência que as regras do Tratado CE relativas ao mercado interno se aplicam também aos contratos não abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas relativas aos contratos públicos.

E sobre os princípios fundamentais para a celebração de contratos, a Comissão refere:

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias definiu um conjunto de **princípios fundamentais para a celebração de contratos públicos**, que **derivam directamente das regras e princípios do Tratado CE**. Os princípios de igualdade de tratamento e de não-discriminação em razão da nacionalidade implicam uma **obrigação de transparência** que, segundo a jurisprudência do TJCE, «*consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura do*

¹⁰ *Idem*, p. 339.



mercado dos contratos de serviços à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação».¹¹

Como se verificou acima, foi escolhido o procedimento de ajuste directo sendo convidada a apresentar proposta uma única entidade.

Não foram apresentadas razões justificativas do afastamento dos princípios da igualdade e da concorrência.

Desde logo, o acto de escolha do procedimento pré-contratual não foi fundamentado.

Segue-se que, mesmo as razões agora apresentadas, em sede de devolução do processo, relacionadas com a capacidade da entidade convidada, são insuficientes para fundamentar o recurso ao procedimento de ajuste directo sem consultas.

Dos fundamentos apresentados o que apenas se poderá concluir é que a entidade convidada estará em condições de apresentar uma proposta competitiva em procedimento concorrencial. Fora de um procedimento concorrencial, nada garante que a entidade adjudicante colherá benefícios dessas especiais condições de que a entidade convidada dispõe.

Alegou-se que a entidade convidada apresenta «competência e qualidade técnicas no âmbito de empreitadas da presente natureza e com trabalhos e disponibilidade de mão-de-obra e equipamentos (recursos técnicos e humanos) directos na ilha do Pico, sem necessidade de fazer deslocar especialmente mais maquinaria ou mão-de-obra».

Trata-se de uma mais-valia da entidade convidada que de pouco serve à entidade adjudicante se não for acompanhada pela garantia de que a proposta apresentada é favorável, o que só se pode determinar em ambiente concorrencial.

No tocante a esta matéria, o Senhor Presidente do Conselho de Administração alega ainda que «o art. 114º/1 do CCP encontra-se redigido, literalmente, com a expressa menção de que, **sempre que o considere conveniente**, poderá a entidade adjudicante convidar a apresentar proposta mais de uma entidade – e não o contrário, já que a regra para o *ajuste directo* resulta *ope legis*, ou seja, em geral apenas condicionada pelo *valor legal limite* do recurso ao

¹¹ Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, publicada no Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 179/2, de 01-08-2006.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2010 (Processo n.º 9/2010)

ajuste directo, não tendo de ser especialmente fundamentada a escolha de *apenas uma* entidade adjudicatária».

Todavia, já se viu que não existe uma regra que imponha o ajuste directo. Existe sim o poder discricionário de escolha entre os procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação. O exercício deste poder deve ser fundamentado, nele se enquadrando a determinação do número de entidades a convidar, no caso de ser validamente escolhido o ajuste directo. Mesmo a conveniência em convidar mais de uma entidade deve ser fundamentada até porque, sendo tal possível, importa justificar a preterição de procedimento mais aberto à concorrência.

Acrescente-se, ainda, o seguinte:

A obra objecto do contrato de empreitada – reabilitação de caminhos – é executada no exclusivo interesse do Município de São Roque do Pico, sendo por este financiada na íntegra, ao abrigo do contrato-programa celebrado com a Cais Invest, EEM. Não se enquadra em qualquer actividade empresarial da Cais Invest, EEM, que vá para além da mera gestão do contrato de empreitada. Mais: a empresa municipal, por força da forma como é financiada pelo Município, não assume qualquer risco inerente à celebração do contrato de empreitada, sendo-lhe indiferente o preço que vier a pagar, uma vez que, muito ou pouco, será o Município a assumir os encargos, nos termos do n.º 3 da cláusula terceira do contrato-programa.

Nestas circunstâncias seria de esperar que a garantia da boa gestão dos dinheiros públicos levasse a Cais Invest, EEM, a optar por um procedimento concorrencial como forma de justificação da escolha do co-contratante e da proposta, perante o Município e os contribuintes.

Em suma, a entidade adjudicante, colocada perante o poder discricionário de escolha dos procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, deve optar pelo procedimento que, de acordo com as circunstâncias e os valores envolvidos, permita assegurar a mais ampla participação dos interessados em contratar, aplicando os princípios da igualdade e da concorrência.



5. Em conclusão:

- a) Para a realização de uma obra corrente, com o preço base de € 960 000,00, a Cais Invest, EEM – entidade adjudicante abrangida pela alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP – celebrou um contrato de empreitada, precedido de ajuste directo sem consultas;
- b) Neste caso, a lei confere o poder discricionário de escolha dos procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, nos termos dos artigos 18.º e 19.º, alínea a), do CCP;
- c) O acto de escolha do procedimento pré-contratual é, todavia, vinculado quanto à competência, ao fim, ao respeito pelos princípios, designadamente os especialmente aplicáveis à contratação pública, e à obrigatoriedade de fundamentação;
- d) A escolha do procedimento pré-contratual está sujeita aos princípios da igualdade, da concorrência e da proporcionalidade, os quais impõem que se proporcione iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, que se garanta o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, que, em cada procedimento, seja consultado o maior número possível de interessados e que se escolha o procedimento pré-contratual mais adequado ao interesse público a prosseguir, com ponderação dos custos e dos benefícios decorrentes da utilização de cada um dos procedimentos pré-contratuais;
- e) O Conselho de Administração da Cais Invest, EEM, não fundamentou o acto de escolha do procedimento pré-contratual;
- f) As razões, apresentadas em contraditório, para a escolha do procedimento de ajuste directo, apenas permitem concluir que a entidade convidada dispõe de competência, qualidade técnica e meios para realizar a obra;
- g) Daqui não decorre que a proposta escolhida seja mais favorável do que uma proposta apresentada, pela mesma entidade ou por outra, em ambiente concorrencial;
- h) Pelo que conclui-se que não foram alegados fundamentos justificativos do afastamento, no caso, dos princípios da igualdade e da concorrência;



- i)* O afastamento dos princípios da igualdade e da concorrência, com inobservância do disposto no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato na medida em que decorreu do facto da entidade adjudicante não ter escolhido um procedimento pré-contratual que lhe permitisse obter no mercado outras propostas eventualmente mais favoráveis.
6. Nos termos da alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento da recusa do visto a ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro.

Porém:

- a)* Este foi o primeiro contrato público submetido pela Cais Invest, EEM, a fiscalização prévia, não tendo a mesma, conseqüentemente, sido destinatária de anterior recomendação sobre a matéria;
- b)* A lei admite que, no caso de ilegalidade que altere ou seja susceptível de alterar o resultado financeiro, o Tribunal possa conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades (n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97).

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, conceder o visto ao contrato em referência e formular Cais Invest, EEM, as seguintes recomendações relativamente a futuros procedimentos de contratação pública:

- O acto de escolha do procedimento pré-contratual deve ser fundamentado;
- Quando a lei conferir um poder discricionário de escolha do procedimento pré-contratual, deve ser escolhido o mais adequado ao interesse público a prosseguir, com ponderação dos custos e dos benefícios, visando garantir o mais amplo acesso ao procedimento, em condições de igualdade, por parte dos interessados em contratar, com observância dos princípios da proporcionalidade, da igualdade, da concorrência.



Tribunal de Contas
Secção Regional dos Açores

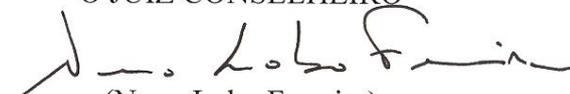
DECISÃO N.º 5/2010 (Processo n.º 9/2010)

Emolumentos: € 950,14.

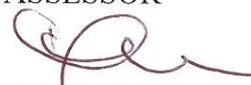
Notifique-se.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 18 de Junho de 2010

O JUIZ CONSELHEIRO


(Nuno Lobo Ferreira)

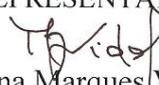
O ASSESSOR


(Fernando Flor de Lima)

O ASSESSOR


(Carlos Bedo)

Fui presente
A REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO


(Joana Marques Vidal)