



DECISÃO N.º 8/2011 – SRTCA

Processo n.º 54/2011

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de empreitada de repavimentação de diversas estradas municipais da ilha de Santa Maria*, celebrado a 21-07-2011, entre a SDMSA – Sociedade de Desenvolvimento Municipal da Ilha de Santa Maria, EEM, e Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, SA, pelo preço de € 671 890,99, acrescido de IVA, e com o prazo de execução de 90 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) Com vista à celebração do contrato de empreitada, o Conselho de Administração da SDMSA, EEM, deliberou, em 21-02-2011, abrir um procedimento de ajuste directo, com convite a três entidades, ao abrigo do disposto nos artigos 2.º, n.º 2, e 19.º, n.º 1, alínea a), do Código dos Contratos Públicos, e aprovou o programa do procedimento e o caderno de encargos (Acta n.º 12, ponto 2. da ordem de trabalhos);
 - b) O preço base foi fixado em € 695 000, e o prazo máximo de execução, em 90 dias;
 - c) Em 28-04-2011, o Presidente do Conselho de Administração da SDMSA, EEM, dirigiu o convite à apresentação de propostas para a realização da empreitada à Tecnovia Açores, SA, Somague-Ediçor, Engenharia, SA, e A.R. Casanova – Construção Civil, L.^{da},
 - d) O acto público de abertura das propostas decorreu em 19-05-2011, tendo sido admitidas as propostas apresentadas pela Tecnovia Açores, SA, e pela Somague-Ediçor, Engenharia, SA;



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2011 (Processo n.º 54/2011)

- e) Por deliberação de 17-06-2011, o Conselho de Administração da SDMSA, EEM, adjudicou a empreitada à Tecnovia Açores, SA;
- f) Quanto ao financiamento da obra, o encargo será suportado por recurso ao financiamento bancário já contratado (15%) e mediante a candidatura a fundos comunitários – programa PROCONVERGÊNCIA (85%);
- g) Relativamente ao serviço da dívida, a SDMSA, EEM, beneficia de apoio financeiro público, nos termos de contrato-programa, celebrado em 02-06-2010, tendo por objecto «a definição das formas de participação, colaboração e apoio por parte do Município de Vila do Porto ao desenvolvimento, implementação, gestão, exploração e construção dos Equipamentos...», que a empresa municipal terá a seu cargo¹.

Para o efeito, o Município de Vila do Porto comprometeu-se a transferir para a empresa municipal o valor global de € 6.197.454,00, pelo período de 20 anos, nos seguintes montantes anuais (cláusula terceira do contrato-programa):

Unid.: euro

Ano económico	Montante
2010	0,00
2011	0,00
2012	119.328,00
2013	119.235,00
2014	375.404,00
2015	375.085,00
2016	374.753,00
2017	374.407,00
2018	374.048,00
2019	373.674,00
2020	373.285,00
2021	372.880,00
2022	372.459,00
2023	372.020,00
2024	371.564,00
2025	371.090,00
2026	370.597,00
2027	370.083,00
2028	369.549,00
2029	368.993,00

- h) A obra consta dos documentos previsionais da SDMSA, EEM, para 2011, aprovados pela Câmara Municipal de Vila do Porto, em 21-04-2011, e pela Assembleia Municipal, em 30-04-2011;

¹ O contrato-programa foi submetido a fiscalização prévia, tendo sido declarado isento de visto (proc.º n.º 128/2010).



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2011 (Processo n.º 54/2011)

i) Em sede de devolução do processo², a entidade adjudicante foi chamada a justificar a preterição de procedimento pré-contratual mais aberto à concorrência, tendo o Presidente do Conselho de Administração da SDMSA, EEM, alegado, na sua resposta, o seguinte³:

(...)

a) O ajuste directo foi efectuado com consulta a 3 empresas, dentro do limite legal definido na alínea a) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. Aliás a SDMSA EEM, ao convidar 3 empresas, visou cumprir o princípio da transparência e da concorrência, facto tido por *conveniente* conforme previsto no n.º 1 do artigo 114.º do CCP; e num tipo de empreitada em que 98,88% da obra se destina à aplicação de uma camada de celericil. Assim, tendo em conta, na Região Autónoma dos Açores, o conhecimento directo que se possui das especificidades de mercado, ponderou-se, dada também a especificidade daquele tipo de trabalho, que haveriam de ser convidadas as empresas em questão, bem identificadas com a realização de empreitadas de pavimentações, pretendendo-se, deste modo, aferir da exequibilidade das suas propostas e dentro dos parâmetros base.

(...)

4. Está em causa a escolha do procedimento de ajuste directo para a formação do presente contrato de empreitada de obras públicas.

A SDMSA, 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 € 695 000,00, sendo o preço contratual de € 671 890,99.

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 CCP⁴.

Todavia, o acto de escolha do procedimento pré-contratual não é totalmente discricionário⁵. O acto é vinculado pelo menos em relação a quatro aspectos: quanto à competência,

² Através do ofício n.º UAT-I 247/11, de 01-09-2011.

³ Ofício n.º 589, de 02-09-2011.

⁴ 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.

⁵ 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.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2011 (Processo n.º 54/2011)

ao fim, ao respeito pelos princípios, designadamente os especialmente aplicáveis à contratação pública, e à obrigatoriedade de fundamentação⁶.

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

Resta, assim, verificar a observância dos princípios aplicáveis à contratação pública.

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.

⁶ 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».

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.



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



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2011 (Processo n.º 54/2011)

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

Também a jurisprudência do Tribunal de Contas aponta no mesmo sentido, considerando-se que «as directivas comunitárias de contratação pública (tal como a Parte II do Código dos Contratos Públicos), procedendo à definição de procedimentos a utilizar na adjudicação de contratos públicos, têm de ser vistos como meros instrumentos de realização dos princípios (...). Donde resulta que, mesmo quando os procedimentos típicos estabelecidos nas directivas ou na legislação nacional não sejam aplicáveis, a entidade pública está vinculada a adoptar práticas de contratação que salvaguadem a concorrência»¹².

Como se viu, 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 fundamentado¹³.

No caso, foi escolhido o procedimento de ajuste directo, com consulta a três entidades. As razões apresentadas em sede de devolução do processo, relacionadas com a reduzida complexidade da obra a realizar e com a reconhecida capacidade das entidades convidadas a executar a obra, longe de afastarem a realização de concurso, até o aconselhariam. Fora de um ambiente substancialmente concorrencial, não existem garantias de que a celebração do contrato se fez nas melhores condições financeiras para a entidade adjudicante.

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.

¹² *Cfr.*, entre outros, o Acórdão n.º 39/2010 - 3.Novembro - 1.ª S/SS, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 251, de 29-12-2010, pp. 63089.

¹³ *Cfr.*, neste sentido, as Decisões n.ºs 5/2010 – SRTCA, de 18-03-2010 (proferida no processo n.º 9/2010, relativo ao 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 pela Cais Invest – Empresa para o Desenvolvimento do Município de São Roque do Pico, EEM, a 18-01-2010), 1/2011 – SRTCA, de 26-01-2011 (proferida no processo n.º 133/2010, relativo ao contrato de empreitada de reparação da cabeça do molhe do porto das Lajes das Flores, celebrado pela APTO, SA, a 06-12-2010), 2/2011 – SRTCA, de 26-01-2011 (proferida no processo n.º 2/2011, relativo ao contrato de empreitada de construção de três rampas RO-RO no terminal de passageiros do porto da Horta, celebrado pela APTO, SA, a 23-12-2010), e 3/2011 – SRTCA, de 31-03-2011, proferida no processo n.º 8/2011, relativo ao contrato de empreitada de construção de um muro de suporte de gabiões na encosta Norte do aeródromo da ilha de São Jorge, celebrado pela SATA - Gestão de Aeródromos, SA, a 14-02-2011).



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2011 (Processo n.º 54/2011)

Acrescente-se, ainda, o seguinte:

A obra objecto do contrato de empreitada – repavimentação de diversas estradas municipais – é executada no exclusivo interesse do Município de Vila do Porto e por este financiada ao abrigo do contrato-programa celebrado com a SDMSA, EEM, que complementa o financiamento comunitário.

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 será o Município a assumir os encargos, nos termos da cláusula terceira do contrato-programa.

Não se compreende, por isso, que o Município se disponha a pagar uma obra com dinheiro dos contribuintes sem que se mostre que a mesma foi contratada em condições pelo menos idênticas às que poderia obter se a tivesse contratado directamente, na sequência, no caso, de concurso público.

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

5. Em conclusão:

- a) Para a realização de uma obra corrente, com o preço base de € 695 000, a SDMSA, 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 com consulta a três entidades;
- 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;



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2011 (Processo n.º 54/2011)

- 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;
- f) As razões adiantadas, em contraditório, pela SDMSA, EEM, para justificar a escolha do procedimento de ajuste directo, apenas permitem concluir que as entidades convidadas dispõem de capacidade 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) 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 de a 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 a fiscalização prévia pela SDMSA, EEM, não tendo, 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).



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

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 à SDMSA, EEM, a seguinte recomendação, relativamente a futuros procedimentos de contratação pública:

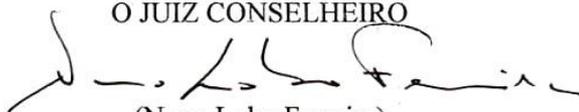
- Quando a lei conferir um poder discricionário de escolha do procedimento pré-contratual, deve ser escolhido o mais adequado ao interesse público a prosseguir, com ponderação dos custos e dos benefícios, visando garantir o mais amplo acesso ao procedimento, em condições de igualdade, por parte dos interessados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

Emolumentos: € 671,89.

Notifique-se.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 27 de Setembro de 2011

O JUIZ CONSELHEIRO



(Nuno Lobo Ferreira)

O ASSESSOR



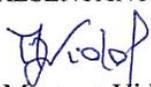
(Fernando Flor de Lima)

O ASSESSOR



(Carlos Bedo)

Fui presente
A REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO



(Joana Marques Vidal)