



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 2/FP/2009

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 5 de Fevereiro de 2009, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de “*fornecimento, instalação e queima do fogo de artifício para as festas da passagem do ano de 2008 na Região Autónoma da Madeira*”, outorgado, em 17 de Novembro de 2008, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Turismo e Transportes (SRTT), e o “*Consórcio Macedos Pirotecnia*”, pelo preço de € 1 058 327,38, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) O supra identificado contrato foi celebrado na sequência de concurso público promovido à escala da União Europeia, sujeito ao regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
- b) O “*Consórcio Macedos Pirotecnia*” foi a única entidade que se apresentou a concurso, sendo que a nota justificativa do preço da sua proposta contém um ponto que contabiliza em € 1 554,00 as despesas com a prestação da garantia bancária, o que representa 1,47% do valor do contrato.
- c) O Tribunal de Contas, através da Decisão n.º 50/FP/2004, de 27 de Agosto, proferida no processo com o n.º 89/2004, recomendou à SRTT que, em futuros procedimentos, observasse o disposto no n.º 7 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 197/99, cujos termos determinam que “*Todas as despesas derivadas da prestação da caução são da responsabilidade do adjudicatário*” (cfr. ainda a Portaria n.º 949/99, de 28 de Outubro, mais concretamente o artigo 18.º do modelo de caderno de encargos em anexo).
- d) A SRTT, confrontada com esse facto, e questionada sobre o motivo que levou a que não tivesse acatado a recomendação constante da citada Decisão n.º 50/FP/2004, respondeu que: “*Reconhece-se que por lapso do júri, não foi dado cumprimento, como se impunha, à recomendação constante da Decisão n.º 50/FP/2004, de 27 de Agosto (...). Este lapso explica-se, embora não se justifique, pelo espaço de tempo que mediou entre os dois procedimentos de concurso. Não obstante, fazemos questão de afirmar que, de futuro, a referida recomendação será rigorosamente acatada*”.
- e) Os trabalhos do “*fornecimento, instalação e queima do fogo de artifício para as festas da passagem do ano de 2008 na Região Autónoma da Madeira*” tiveram início na data da outorga do contrato e terminaram a 4 de Janeiro do corrente ano.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

II - O Direito

Como resulta da factualidade recolhida nos presentes autos, o consórcio adjudicatário, ao ter englobado no valor do contrato a quantia de € 1 554,00, pretende ser pago das despesas contraídas com a prestação da garantia bancária, tal como deu conta na nota justificativa do preço da sua proposta, quando esta solução é expressamente rejeitada pelo artigo 70.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Com efeito, o legislador ao preceituar, na citada disposição legal, que “*Todas as despesas derivadas da prestação da caução são da responsabilidade do adjudicatário*”, exprimiu, no plano técnico-jurídico, o seu pensamento de forma clara e objectiva, apontando para a impossibilidade de a entidade adjudicante assumir validamente os custos associados à prestação da garantia bancária ou de as partes regularem esta matéria.

Assim, face à clareza da previsão legal do artigo 70.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 197/99, não pode haver dúvidas de que as despesas em causa correm por conta do adjudicatário. Em consequência, a pretensão do consórcio de contabilizar no preço do contrato os custos da garantia não podia, nem devia, nos termos e com os fundamentos expostos, ser atendida, o que leva a reprovar a actuação do júri do concurso de desaplicar essa norma injuntiva que enquadra a formação do contrato de aquisição de bens e serviços, em benefício da admissão da respectiva proposta.

Uma nota ainda para referir que no regime do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, as despesas derivadas da prestação da caução continuam a ser da responsabilidade do adjudicatário, porquanto aquele Código contém uma norma, a do n.º 9 do artigo 90.º, de teor idêntico à do citado n.º 7 do artigo 70.º, agora em crise.

Em sede de fiscalização prévia, impõe-se concluir que a lei comina, com a sanção da anulabilidade, o vício consubstanciado na inobservância da norma do artigo 70.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 197/99, nos termos do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, onde cumpre questionar se, de acordo com o preceituado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, há fundamentos para a não concessão do visto ao contrato, ou se, no caso concreto, pode o Tribunal de Contas usar a faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo 44.º.

O Tribunal de Contas tem por interesse a realização do direito em obediência a critérios de estrita legalidade, ponderando para o efeito as disposições legais que foram transgredidas, mas sem esquecer outras circunstâncias relevantes no caso a decidir, nomeadamente a prática reincidente da ilegalidade cometida e, de uma forma particular, o grau de acatamento das suas recomendações.

Por isso, não despiciendo é o facto de esta Secção Regional, perante uma ilegalidade enquadrável na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, detectada num outro processo da SRTT, haver concedido o visto ao contrato então analisado, com uma recomendação ao serviço no sentido de evitar no futuro tal ilegalidade.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Todavia, o que hoje se impõe ponderar é que o concurso que precedeu a celebração do contrato ora sujeito a fiscalização prévia foi lançado em Junho de 2008, já depois de a SRTT ter sido notificada da Decisão n.º 50/FP/2004, de 27 de Agosto, contendo uma recomendação dirigida àquela Secretaria Regional no sentido de que, em futuros procedimentos conducentes à adjudicação de fornecimentos de bens e serviços, respeitasse o comando do n.º 7 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Deste modo, discute-se agora o não acolhimento da mencionada recomendação, num contexto em que, face à ausência de factos supervenientes com relevância jurídica susceptível de ponderação, sobre a entidade destinatária impendia o dever de a acatar, através, designadamente, da sua difusão interna pelos serviços directamente envolvidos nos procedimentos de contratação pública, e da adopção de medidas correctivas que levassem ao abandono da prática da ilegalidade assinalada pelo Tribunal.

Do que ficou dito, há-de, pois, concluir-se que a SRTT teve a oportunidade de acolher a referida recomendação no procedimento agora em causa. Em princípio, isto bastaria para que o Tribunal recusasse o visto ao contrato, no quadro normativo da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Contudo, no caso vertente, interessa levar em linha de conta o facto de apenas se ter apresentado a concurso o consórcio adjudicatário, cuja exclusão poderia colocar em risco o maior cartaz turístico da Região (as festas da passagem do ano), bem como a intenção declarada de, *“Não obstante, fazemos questão de afirmar que, de futuro, a referida recomendação será rigorosamente acatada”*. E, neste quadro circunstancial, o Tribunal de Contas propende a considerar adequado, na situação *sub judice*, fazer uso novamente da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Mas a verdade é que, mesmo havendo condições para conceder o visto, o Tribunal está perante um caso que manifestamente ofende o previsto no n.º 7 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 197/99, e que altera o resultado financeiro do contrato, uma vez que a inclusão no respectivo preço dos encargos com a prestação da garantia bancária acarreta o acréscimo da despesa pública em € 1 554,00, sem contrapartida nos bens e serviços adquiridos.

Sendo assim, por força da interpretação que linearmente decorre da letra da disposição legal acima referenciada, o consórcio adjudicatário não pode, no âmbito da execução financeira do contrato, ser ressarcido das despesas que realizou com a prestação da caução, devendo apenas ser compensado pelos bens e serviços relacionados com o fornecimento, instalação e queima do fogo de artifício. Aliás, sendo o consórcio um agente económico sujeito às leis da contratação pública, tem de presumir-se que ele contou, ao formular a sua proposta, com a possibilidade de suportar tais despesas.

Por conseguinte, o pagamento da quantia de € 1 554,00 não poderá ter tradução efectiva, porque isso implicaria o sacrifício da norma contida no n.º 7 do citado artigo 70.º. Ao nível do relacionamento económico entre a entidade pública adjudicante e o particular, esta solução não ofende o princípio da intangibilidade do objecto do contrato, nem põe em causa o seu equilíbrio financeiro, pois ela visa excluir o pagamento não permitido por lei daquele montante, o qual foi ilegalmente incluído no preço do contrato.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores:

1. **Conceder** o visto ao contrato em apreço.
2. **Recomendar** à Secretaria Regional do Turismo e Transportes que:
 - a) Na execução financeira do contrato, tenha em conta o preceituado no n.º 7 do artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, acolhendo as considerações expostas no final da parte II da presente decisão.
 - b) Em futuros procedimentos, cumpra o disposto no artigo 90.º, n.º 9, do Código dos Contratos Públicos.

São devidos emolumentos, no montante de € 1 058,33.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 5 de Fevereiro de 2009.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

O ASSESSOR,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processo n.º 113/2008 – Secretaria Regional do Turismo e Transportes.