



DECISÃO N.º 11/FP/2011

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 8 de Setembro de 2011, da Secção Regional da Madeira, apreciou os seguintes contratos de empreitada, celebrados entre o Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., e a empresa *Tecnovia Madeira - Sociedade de Empreitadas, S.A.*:

- Execução do novo edifício para medicina nuclear e ressonância magnética do Hospital Dr. Nélio Mendonça, em 15 de Julho de 2011, pelo preço de 2 898 000,00€ (s/IVA), e com o prazo de execução de 140 dias (Proc.º 94/2011);
- Execução da obra de adaptação das instalações do Centro de Saúde do Bom Jesus para instalação da Clínica de Saúde Oral, Gabinete de Recolha de Análises e Balneários, em 19 de Julho de 2011, pelo preço de 965 000,00€ (s/IVA), e com o prazo de execução de 259 dias (Proc.º 96/2011);
- Execução da obra de remodelação da Hemodinâmica do Hospital Dr. Nélio Mendonça, em 22 de Julho de 2011, pelo preço de 985 000,00€ (s/IVA), e com o prazo de execução de 145 dias (Proc.º 97/2011).

I - OS FACTOS

Da análise efectuada aos processos em referência sobressaem os seguintes factos para efeitos da decisão a proferir:

- a) O Conselho de Administração do Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E. (SESARAM, E.P.E.), autorizou, em 20, 10 e 16 de Maio de 2011, respectivamente, a abertura de três procedimentos por ajuste directo, todos eles com consulta a cinco entidades, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 1, ponto 1.2, alínea c), do Regulamento de Aquisições desta entidade, com vista à adjudicação das empreitadas de execução:
- Do novo edifício para medicina nuclear e ressonância magnética do Hospital Dr. Nélio Mendonça, com a fixação do preço base em 2 920 000,00€ e de um prazo máximo de execução de 150 dias;

- Da obra de adaptação das instalações do Centro de Saúde do Bom Jesus para instalação da Clínica de Saúde Oral, Gabinete de Recolha de Análises e Balneários, com a definição de um preço base de 970 000,00€ e de um prazo máximo de execução de 270 dias;
- Da obra de remodelação da Hemodinâmica do Hospital Dr. Nélio Mendonça, sendo indicado um preço base de 990 000,00€ e um prazo máximo de execução de 150 dias.

b) No primeiro procedimento, foi exigida a posse de alvará de construção com autorizações na 1.^a, 2.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a e 9.^a subcategorias da 1.^a categoria (Edifícios e Património Construído), na classe correspondente ao valor da proposta, assim como na 1.^a, 7.^a, 8.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a, 13.^a e 15.^a subcategorias da 4.^a categoria (Instalações Eléctricas e Mecânicas), e na 1.^a, 2.^a, 5.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a e 12.^a subcategorias da 5.^a categoria (Outros Trabalhos), na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitassem;

No segundo ajuste directo, foi solicitada a posse de alvará de construção com autorizações na 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a e 9.^a subcategorias da 1.^a categoria (Edifícios e Património Construído), na classe correspondente ao valor da proposta, assim como na 1.^a, 7.^a, 8.^a, 10.^a, 13.^a e 15.^a subcategorias da 4.^a categoria (Instalações Eléctricas e Mecânicas), e na 1.^a, 2.^a e 12.^a subcategorias da 5.^a categoria (Outros Trabalhos), na classe correspondente à parte dos inerentes trabalhos;

Finalmente, no último dos procedimentos pré-contratuais, foi solicitada a detenção de alvará de construção com autorizações na 1.^a, 2.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a e 9.^a subcategorias da 1.^a categoria, na classe correspondente ao valor da proposta, bem como na 1.^a, 7.^a, 8.^a, 10.^a, 13.^a e 15.^a subcategorias da 4.^a categoria, e na 1.^a, 2.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a e 12.^a subcategorias da 5.^a categoria, na classe correspondente à parte dos correlativos trabalhos.

- c) O critério de adjudicação adoptado foi, em todos os casos, o da proposta economicamente mais vantajosa, com ponderação dos factores *Preço da Obra* e *Prazo de Execução*;
- d) As entidades convidadas no âmbito dos três ajustes directos foram sempre as mesmas, a saber:

- *Etermar – Engenharia e Construção, S.A.*;
- *Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*;



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- *Construtora do Tâmega Madeira, S.A.;*
 - *Zagope Construções e Engenharia; S.A.;*
 - *Somague Engenharia Madeira, S.A..*
- e) O prazo concedido para a apresentação das propostas não foi, em nenhum dos procedimentos, inferior a 20 dias;
- f) Ao primeiro ajuste directo apenas se apresentou a *Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*. Nos demais, para além desta empresa, somente entregou proposta a *Etermar – Engenharia e Construção, S.A.*, sempre com a indicação de preços e prazos de execução superiores aos daquela entidade;
- g) Na sequência da admissão e subsequente avaliação e ordenação daquelas propostas à luz da aplicação do critério de selecção adoptado, no domínio de cada um dos referenciados procedimentos pré-contratuais, o Conselho de Administração do SESARAM, E.P.E., deliberou - em 5 de Julho de 2011, nos dois primeiros casos, e a 4 do mesmo mês, no último deles - adjudicar a execução das aludidas empreitadas à *Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*
- h) Em sede de verificação preliminar dos processos, questionou-se o SESARAM, E.P.E., no sentido de que, entre outros aspectos:
- Justificasse o recurso, nas várias situações em análise, a um procedimento adjudicatório de consulta restrita, demonstrando, nomeadamente, a impossibilidade ou inconveniência da adopção, em concreto, de outra solução procedimental que melhor acautelasse a concorrência.
 - Evidenciasse a conformidade das habilitações técnicas solicitadas às entidades convidadas no âmbito dos ajustes directos que antecederam as presentes contratações com a disciplina normativa emanada do n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, designadamente no que tange à posse de diversas subcategorias da 1.ª categoria na classe correspondente ao valor da proposta.
 - Relativamente ao primeiro dos ajustes directos identificados, e tendo por referência a questão anterior, clarificasse se o alvará de construção apresentado pela empresa

Tecnovia Madeira - Sociedade de Empreitadas, S.A., integrava a totalidade das autorizações exigidas no convite, na classe aí indicada.

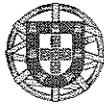
- Explicitasse a razão da exigência da posse de alvará de construção com autorizações, **na primeira situação**, na 9.^a e 15.^a subcategorias da 4.^a categoria e na 5.^a subcategoria da 5.^a categoria, **na segunda**, na 13.^a subcategoria da 4.^a categoria e na 12.^a categoria da 5.^a categoria e, **na terceira**, na 15.^a subcategoria da 4.^a categoria e nas 9.^a, 10.^a e 12.^a subcategorias da 5.^a categoria, quando os elementos constantes da proposta elaborada pela empresa adjudicatária fazem pressupor que a empreitada em apreço não contempla os trabalhos a que as mesmas respeitam.
- i) Dando observância ao solicitado, o SESARAM, E.P.E., através dos ofícios ref.^a S. 111636/5, de 17 de Agosto de 2011, e S. 1111816/5 e S. 1111815/5, ambos datados de 25 daquele mês, prestou os esclarecimentos a seguir transcritos e/ou sintetizados:

- *“Por força do artigo 5.º n.º 3 alínea a), do Código dos Contratos Públicos, em conjugação com o artigo 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M, de 14 de Agosto, ao Serviço Regional de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., não lhe é aplicável, na fase de formação dos contratos de empreitada de obras públicas, a parte II do Código caso o valor da empreitada de obra pública seja inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março”.*

Sucedem que as empreitadas em causa tinham, no primeiro caso, “o preço base de EUR 2 920 000”, no segundo, “de EUR 970 000”, e no terceiro, “de EUR 990 000”, tendo-lhes “sido aplicadas as disposições do Regulamento de Aquisições do Serviço Regional de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., aprovado por deliberação do Conselho de Administração de 10 de Dezembro de 2009.

Assim, e por força do citado Regulamento, foi adoptado o ajuste directo com convite a pelo menos cinco entidades, em conformidade com o previsto na alínea c) do ponto 1.2, do n.º 1 do artigo 4.º”.

- As obras a realizar revestem, todas elas, “alguma complexidade quanto aos trabalhos que” as “integram”, devendo as referências à exigência da posse de alvará de construção com autorizações em mais do que uma subcategoria da 1.^a categoria em classe correspondente ao valor das propostas “ser entendida como um mero lapso de escri-



ta”, que terá sido compreendido pelas entidades convidadas, atento o preceituado no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, não tendo aquelas colocado “em crise este lapso que será considerado em futuros concursos, por forma a evitá-lo, tendo sido já transmitidas instruções nesse sentido”.

- “O alvará do adjudicatário possui as autorizações necessárias, sendo que detém na 1.ª subcategoria da 1.ª categoria, a classe 7, que ultrapassa o valor da proposta adjudicada”, invocando que “em relação às restantes subcategorias, indicadas por lapso (...), com excepção da subcategoria 8.ª, da 1.ª categoria, todas cobrem o valor da proposta adjudicada, embora, e reforçamos, não fosse essa a intenção da entidade adjudicante”.
- No primeiro ajuste directo, a não indicação de qualquer valor para uma das subcategorias enunciadas nos convites resultou de um lapso, sendo que, nas restantes situações, a não apresentação do valor dos trabalhos reportados a algumas das subcategorias elencadas pelo dono da obra resultou do facto de tais trabalhos serem igualmente enquadráveis noutras subcategorias exigidas, salientando ainda que, pese embora esta circunstância, a entidade adjudicatária possuísse tais autorizações.

II - O DIREITO

Dos factos tidos por assentes nos presentes autos emergem **duas questões de legalidade**, reconduzindo-se, **a primeira delas**, à adopção, nas três situações em análise, do ajuste directo como procedimento de selecção da entidade co-contratante, tendo em conta o enquadramento normativo aplicável.

A análise da conformidade normativa do recurso àquela tipologia procedimental impõe que se proceda a uma breve contextualização da natureza jurídica do SESARAM, E.P.E., assim como dos princípios enformadores da contratação pública e da relevância de que granjeiam tanto no âmbito do direito comunitário, como na perspectiva da ordem jurídica interna.

O SESARAM, E.P.E., foi criado através do Decreto Legislativo Regional n.º 9/2003/M, de 27 de Maio, revestindo a natureza de entidade pública empresarial e regulando-se estatutariamente pelo regime e orgânica publicados em anexo ao diploma de constituição¹.

¹ O Decreto Legislativo Regional n.º 9/2003/M foi entretanto alterado e republicado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/2008/M, de 23 de Junho, o qual foi, por sua vez, objecto da Declaração de Rectificação n.º 44/2008, de 8 de Agosto.

De forma mais específica, o artigo 1.º dos Estatutos do SESARAM, E.P.E., dispõe, no seu n.º 1, que esta entidade constitui uma pessoa colectiva de direito público, de natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 19 de Dezembro, estabelecendo no n.º 2 que a mesma rege-se pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais, com as especificidades constantes do diploma de constituição e dos seus regulamentos internos, bem como das normas em vigor para o Serviço Regional de Saúde que não contrariem as normas ali previstas.

Por sua vez, consagra o n.º 1 do artigo 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 9/2003/M que o SESARAM, E.P.E., tem por objecto principal a prestação de cuidados de saúde à população, designadamente aos beneficiários do Serviço Regional de Saúde e aos beneficiários dos subsistemas de saúde, ou de entidades externas que com este contratem a prestação de cuidados de saúde e a todos os cidadãos em geral, sendo a actividade a desenvolver financiada pelo Orçamento da Região Autónoma da Madeira, conforme determina o artigo 7.º, n.º 1, do diploma citado.

De acordo com o n.º 1 do artigo 11.º do Decreto Legislativo Regional n.º 9/2003/M, a organização e funcionamento do SESARAM; E.P.P. constam de regulamentos internos, aprovados pelo Conselho de Administração e homologados pelo Secretário Regional dos Assuntos Sociais.

Em matéria regulamentar salienta-se, para o que agora interessa, o Regulamento de Aquisições do Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., aprovado por deliberação do Conselho de Administração de 10 de Dezembro de 2009.

Pese embora a designação que lhe foi atribuída, o SESARAM; E.P.E., que consubstancia uma pessoa colectiva criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, não assume uma natureza verdadeiramente empresarial, face à ausência de carácter industrial ou comercial e à detenção de um modelo de financiamento e controlo de gestão que preenche os critérios referidos na alínea c) do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE e na alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP)², devendo ser, por isso, qualificado como um organismo de direito público e como uma entidade adjudicante para efeitos de aplicação daquela Directiva e daquele Código.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009,



Em sede de contratação pública, o artigo 19.º do CCP, inserido na Parte II daquele Código, relativa aos procedimentos pré-contratuais, obriga a que a adjudicação de contratos de empreitada de valor igual ou superior a 1 000 000,00€, pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º, seja precedida da realização de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, determinando, no entanto, o artigo 5.º, n.º 3, do mesmo Código que a aludida Parte II não se aplica à formação dos contratos, a celebrar pelos hospitais E.P.E., de valor inferior aos montantes estabelecidos nos termos das alíneas b) e c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, como acontece com as situações em apreciação³.

Não obstante, o n.º 6 do mesmo artigo 5.º estatui que à formação destes contratos se aplicam os princípios gerais da actividade administrativa, assim como as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo e, eventualmente, as normas desse Código, o que significa dizer que se lhes aplicam os princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, mesmo nos casos em que o valor dos contratos fique abaixo dos limiares fixados para aplicação da directiva comunitária e aos quais não se apliquem as regras pré-contratuais estabelecidas no Código dos Contratos Públicos.

Concretizando esta problemática, importa reter que o princípio da concorrência constitui um dos princípios basilares da contratação pública, tanto no âmbito nacional como no comunitário, surgindo como imprescindível à protecção do princípio fundamental da igualdade, que lhe é inerente, e, de igual modo, como a melhor forma de proteger os interesses financeiros públicos.

A ordem jurídica nacional dá consagração constitucional aos princípios da igualdade e da concorrência e à obrigação de a Administração Pública os respeitar na sua actuação⁴, em defesa dos valores fundamentais, da ordem económica e da prossecução do interesse público, sendo os mesmos aplicáveis a qualquer actuação daquela Administração, mesmo quando se trate de gestão privada⁵, adquirindo uma especial incidência no âmbito de Contratação Pública, de tal forma que o CCP preceitua, no n.º 4 do seu artigo 1.º, que os princí-

de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

³ Em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, publicado no JOUE, L 314/64, de 1 de Dezembro de 2009, esse valor é, para os contratos de empreitada, e a partir de 1 de Janeiro de 2010, de € 4.845.000,00.

⁴ Cfr. artigos 81.º, alínea f), 99.º, alínea a), e 266.º da Constituição da República Portuguesa.

⁵ Cfr. artigo 2.º, n.º 5, do Código do Procedimento Administrativo.

pios referidos, a que está associado o princípio da transparência, são especialmente aplicáveis à contratação pública.

Estes princípios estão também claramente vinculados na ordem jurídica comunitária, impondo os tratados europeus que visam a integração económica a obrigatoriedade de os Estados Membros da União Europeia legislarem e agirem de modo a assegurarem a mais ampla concorrência possível e a prevenirem quaisquer favorecimentos⁶.

E ainda que as directivas emitidas para a coordenação dos procedimentos nacionais de adjudicação de contratos públicos afastem do seu âmbito de aplicação algumas áreas da contratação, assim como contratos que não atinjam determinados valores, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem afirmado a aplicação de tais princípios, mesmo quando não são aplicáveis as directivas relativas aos contratos públicos, porquanto derivam directamente dos Tratados⁷.

Daqui resulta que os princípios da igualdade e da concorrência impõem-se à actividade contratual pública, quer por via constitucional como por via comunitária, implicando o respeito pelos princípios em causa, designadamente pelo da concorrência, que garante aos interessados em contratar o mais amplo acesso aos procedimentos, por meio da transparência e da publicidade adequada, sendo também essa a forma de assegurar a melhor protecção dos interesses financeiros públicos, uma vez que a concorrência promove a elaboração de propostas competitivas, conferindo à entidade adjudicante a hipótese de escolher aquela que, do ponto de vista da boa gestão e do interesse público, melhor satisfaça a finalidade pretendida em concreto.

Consequentemente, na formação de contratos públicos as entidades adjudicantes devem usar procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados.

Tanto a Directiva n.º 2004/18/CE como o CCP definem um conjunto de procedimentos de contratação pública onde é dada prevalência aos procedimentos concorrenciais a importân-

⁶ V.g., nos processos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) n.ºs C-458/03, Parking Brixen, e C-324/98, Telaustria, quando uma autoridade pública confia o exercício de uma actividade económica a terceiros, aplica-se o princípio da igualdade de tratamento e as suas expressões específicas, nomeadamente o princípio da não-discriminação, bem como os artigos 43.º e 49.º do Tratado CE (que correspondem actualmente aos artigos 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) sobre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. O TJCE afirma ainda que estes princípios implicam uma obrigação de transparência, que consiste em assegurar a todos os potenciais concorrentes um grau de publicidade adequado, que permita abrir o mercado de bens e serviços à concorrência.

⁷ Cfr. o Acórdão de 20 de Maio de 2010, proferido no âmbito do processo T-258/06.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

cia primordial, isto sem embargo de também serem previstas excepções à sua utilização, quando os mesmos não se justificam ou não são exequíveis.

Contudo, estes diplomas devem ser encarados como simples instrumentos de realização dos princípios e objectivos anteriormente referidos, donde se retira que, mesmo quando os procedimentos típicos ali enunciados não sejam aplicáveis, a entidade pública adjudicante está vinculada a adoptar práticas de contratação que garantam a concorrência, devendo o recurso aos procedimentos total ou parcialmente fechados, quando admitido, ficar reservado para situações em que não haja alternativa concorrencial possível.

Reportando-nos aos casos em análise, verifica-se, conforme foi já anteriormente salientado, que o SESARAM, E.P.E., seguiu as regras procedimentais constantes do Regulamento de Aquisições do Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., aprovado por deliberação do Conselho de Administração, de 10 de Dezembro de 2009.

De acordo com o seu artigo 1.º, este Regulamento estabelece a disciplina aplicável à formação dos contratos de locação e aquisição de bens móveis e serviços e realização de empreitadas, a celebrar pelo SESARAM, E.P.E., até aos seguintes limites:

- a) De locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços cujo valor seja inferior ao referido na alínea b) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE;
- b) De empreitadas de obras públicas cujo valor seja inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da mesma Directiva.

Por seu turno, o n.º 2 daquele artigo 1.º determina que os procedimentos para a formação de contratos sujeitos a co-financiamento comunitários regem-se pelo disposto no CCP.

Todavia, o artigo 2.º do Regulamento em apreço salvaguarda que os procedimentos de formação de contratos devem garantir o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas.

Do artigo 3.º consta o elenco da tipologia dos procedimentos a adoptar pelo SESARAM, E.P.E., para a formação dos contratos abrangidos no âmbito do Regulamento, a saber: o ajuste directo [n.º 1, a)] e o concurso público [n.º 1, b)], sendo a escolha efectuada em função do valor estimado da despesa emergente (sem IVA), ou de critérios materiais (n.º 3).

No artigo 4.º, n.º 2, estipula-se que a formação dos contratos, em função do valor estimado do contrato, é precedida de um dos seguintes procedimentos:

- a) Ajuste directo simples, quando o valor seja igual ou inferior a 50 000,00€;
- b) Ajuste directo com convite a pelo menos três entidades, quando o valor seja igual ou inferior a 200 000,00€;
- c) Ajuste directo com convite a pelo menos cinco entidades, quando o valor seja superior a 200 000,00€ e inferior ao limiar comunitário.
- d) Concurso público, independentemente do valor, sempre que se considere adequado.

Estabelece ainda o número 2 deste artigo que o número de entidades a convidar pode ser inferior ao estabelecido nas alíneas b) e c) dos números anteriores, nas situações em que o número de entidades habilitadas ao fornecimento ou à prestação seja inferior, de acordo com proposta devidamente fundamentada.

O artigo 9.º, n.º 1, elenca as peças dos procedimentos de formação dos contratos, sendo elas, no ajuste directo com convite a, pelo menos, três ou cinco entidades, o convite à apresentação das propostas [n.º 1, a)], onde pode ser indicado um preço base, correspondente ao preço máximo que a entidade adjudicante está disposta a pagar pela execução do contrato a celebrar [n.º 2].

Já o artigo 21.º, n.º 1, determina que o prazo de apresentação de propostas é fixado livremente, atendendo ao objecto do procedimento de contratação, sem prejuízo dos prazos mínimos fixados no concurso público.

A tramitação específica do ajuste directo consta do Capítulo XII do Regulamento, definindo-o o artigo 43.º como o procedimento em que a entidade adjudicante convida directamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar, sendo esse convite formulado por escrito (art.º 44.º).

As normas inseridas no Regulamento de Aquisições do SESARAM, E.P.E., têm natureza meramente regulamentar, sendo expressão da vontade administrativa da entidade adjudicante, dependendo a sua validade do respeito pelos princípios da actividade administrativa e contratual, tanto nacionais como comunitários, legal e constitucionalmente consagrados, tidos por aplicáveis à formação dos contratos em apreço.



Se atentarmos nas normas citadas, constata-se, todavia, que, apesar de aquele Regulamento preconizar que os procedimentos de formação de contratos devem garantir o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência e boa gestão, estes podem não ser inteiramente respeitados na sua aplicação concreta, como ocorreu nas situações *sub judice*. Senão vejamos:

A celebração dos contratos de empreitada em questão foi, em todos os casos, antecedida de ajuste directo com convite a cinco entidades, nos termos da alínea c) do n.º 1.2 do artigo 2.º do Regulamento, sendo que este procedimento, ao admitir apenas as entidades convidadas, proporciona uma concorrência bastante restrita e limitada, inteiramente definida pela entidade adjudicante.

Ora, tal como foi já referido, e emerge directamente da legislação nacional e comunitária em matéria de princípios de contratação pública, mesmo quando os procedimentos típicos aí estabelecidos não sejam de adopção obrigatória (por os contratos não serem abrangidos directamente pelo regime do CCP e das directivas de contratação pública) e a entidade pública possa recorrer a procedimentos mais flexíveis e ágeis, ainda assim está vinculada a seguir práticas de contratação que respeitem a concorrência⁸, publicitando essa mesma vontade, a fim de permitir o acesso de todos os eventuais interessados em concorrer em condições de paridade, só assim sendo possível garantir a observância dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, tal como são definidos na legislação nacional e comunitária e até no próprio Regulamento invocado.

Todavia, não foi isso o que aconteceu, uma vez que o procedimento adjudicatório adoptado não pode ser caracterizado como verdadeiramente concorrencial, isto quando, aparentemente, existiam condições para ter sido objecto de publicitação alargada, considerando designadamente que o prazo de apresentação de propostas nunca foi inferior ao legalmente exigido pelo artigo 135.º, n.º 1, do CCP, para o concurso público sem publicidade internacional, e que o preço base fixado atingiu uma dimensão financeira significativa, alcançando-se entre os 2 920 000,00€ e os 970 000,00€.

Efectivamente, não se conhecem motivos justificativos para o SESARAM, E.P.E., não ter assegurado, nestes casos, uma efectiva auscultação do mercado, optando, ao invés, por privilegiar um número restrito de operadores económicos, tendo presente que os convites foram sempre dirigidos às mesmas cinco empresas, das quais apenas duas apresentaram

⁸ Cfr. o Acórdão tirado do processo T-258/06, do TJCE.

propostas, ressalvando-se que, num dos procedimentos, a empresa adjudicatária foi a única a responder afirmativamente ao convite que lhe foi dirigido.

Este circunstancialismo deixa, assim, patente, que as normas regulamentares que serviram de base à escolha do ajuste directo como procedimento adjudicatório não são adequadas e colidem com os princípios da igualdade, concorrência e transparência que deveriam respeitar e acolher, tendo a sua aplicação conduzido, na prática, a escolhas que não correspondem às melhores na perspectiva última da prossecução do interesse público.

Pelo exposto, entende-se que as contratações efectuadas por recurso ao ajuste directo com convite a um número restrito de entidades, sem a invocação de fundamentos que, em concreto, pudessem justificar a inadequação ou inviabilidade de um procedimento aberto à concorrência contraria princípios legal e constitucionalmente consagrados, mormente os da concorrência, da igualdade e da transparência, iguais, decorrentes da legislação nacional e comunitária, com destaque para os Tratados Comunitários, e, mais especificamente, para os artigos 81.º, alínea f), 99.º, alínea a), e 266.º da Constituição da República Portuguesa, e artigos 1.º, n.º 4, e 5.º, n.º 6, do CCP.

A **segunda questão de legalidade** que ressalta da análise dos processos em referência prende-se com a indicação, nos convites, da posse de alvará de construção com diversas autorizações em classe correspondente ao valor das propostas como um dos requisitos de acesso aos procedimentos adjudicatórios.

Isto porquanto tal exigência colide com a disciplina jurídica plasmada na norma do n.º 1 do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro⁹, a qual preceitua que nos procedimentos de adjudicação de obras públicas apenas deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalho mais expressivo, sem prejuízo da exigência de outras subcategorias respeitantes aos demais trabalhos a realizar e nas classes correspondentes.

Nos processos em apreço ficou por demonstrar que as empresas que não formalizaram a entrega de proposta tinham conhecimento de que as exigências formuladas pela entidade adjudicante tiveram origem num lapso que não seria fundamento de exclusão, conforme argumenta o SESARAM, E.P.E., o que, no caso das mesmas não serem detentoras das

⁹ Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da construção, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de Junho.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

habilitações técnicas divulgadas, pode ter condicionado a sua intenção de se apresentarem aos procedimentos lançados.

Refira-se que o próprio SESARAM, E.P.E., reconhece que as exigências habilitacionais impostas às entidades convidadas no âmbito dos ajustes directos constituem uma violação do preceituado no artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que visa salvaguardar o mais amplo acesso ao mercado, sendo passíveis de ter restringido e limitado a concorrência (já de si condicionada pela modalidade de procedimento pré-contratual adoptada), potenciando, nessa medida, a alteração do resultado financeiro dos contratos.

Por seu turno, o facto de a empresa adjudicatária não ter autonomizado o valor de alguns dos trabalhos imputáveis a diversas das subcategorias exigidas, pela simples circunstância de os mesmos serem enquadráveis noutras autorizações igualmente solicitadas, reforça a ideia da forma restritiva e excessiva como foi encarada a delimitação do universo de potenciais concorrentes.

As ilegalidades supra assinaladas, traduzidas na escolha de soluções adjudicatórias de acesso restrito e na fixação de habilitações técnicas que vão para além das legalmente exigidas, mostram-se susceptíveis de ter alterado o resultado financeiro dos procedimentos desencadeados, constituindo, por isso, fundamento para a recusa do visto aos contratos de empreitada em apreciação, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto¹⁰.

Porém, à luz da faculdade que lhe é conferida pelo n.º 4 do art.º 44.º da mesma Lei n.º 98/97, o Tribunal de Contas pode optar pela concessão do visto aos mencionados contratos, com a recomendação de no futuro suprir ou evitar as ilegalidades.

III – DECISÃO

Pelo exposto, não se mostrando que houve uma alteração do resultado financeiro dos contratos, o que, em ponderação conjunta com a circunstância de o SESARAM, E.P.E., não ter sido objecto de qualquer recomendação anterior relativamente às ilegalidades agora apuradas, decide-se, com os pareceres favoráveis da Digníssima Magistrada do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** aos contratos em apreço, com as recomendações de que, no futuro:

¹⁰ Republicada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e posteriormente alterada pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

1. O SESARAM, E.P.E., promova o lançamento de procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas abertos ao mercado, que garantam e salvaguardem condições de efectiva concorrência e melhor assegurem a defesa e prossecução do interesse público, designadamente numa óptica financeira.
2. Respeite a norma do n.º 1 do art.º 31.º, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, no que respeita à exigência de alvará.

São devidos emolumentos, nos montantes de:

- 2 898,00€, processo n.º 94/2011;
- 965,00€, processo n.º 96/2011;
- 985,00€, processo n.º 97/2011;

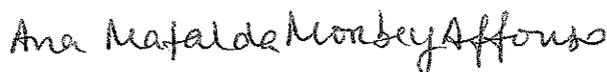
Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 8 de Setembro de 2011.

O JUIZ CONSELHEIRO



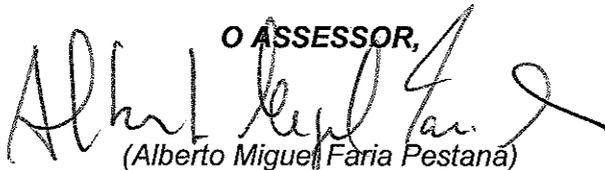
(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,



(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,



(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui presente, por vídeo-conferência

A Procuradora-Geral Adjunta,

(Maria Joana Marques Vidal)

Processos n.ºs 94/2011, 96/2011 e 97/2011 – Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E.