



DECISÃO N.º 13/FP/2011

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 22 de Setembro de 2011, da Secção Regional da Madeira, apreciou os seguintes contratos:

- Contrato da empreitada de obras públicas designado por *“Cobertura do Polidesportivo e Beneficiação dos Balneários da Escola Básica do 1.º Ciclo do Estreito da Calheta”*, formalizado, em 6 de Junho de 2011, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social (doravante designada por SRES), e a Sociedade de Empreiteiros do Norte da Madeira, Ld.^a, pelo preço de 577 885,17€ (s/IVA), correspondente ao Proc.º de Visto n.º 66/2011;
- Contrato da empreitada de obras públicas designado por *“Ampliação e Requalificação da Escola Básica do 1.º Ciclo da Sede de S. Vicente”*, celebrado, em 14 de Junho de 2011, entre a Região Autónoma da Madeira, através da mesma Secretaria Regional, e a empresa Olca Construções, Ld.^a, pelo preço de 2 438 502,00€ (s/IVA), respeitante ao Proc.º de Visto n.º 71/2011.

I - OS FACTOS

Da análise efectuada aos processos em referência sobressai a seguinte matéria de facto com pertinência para efeitos da decisão a proferir:

a) O procedimento adoptado para a selecção da entidade co-contratante foi, em ambos os processos em referência, o ajuste directo, com fundamento no disposto no art.º 1.º, n.º 2, em articulação com o art.º 5.º, n.º 1, do DL n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, alterado pelo DL n.º 29/2010, de 1 de Abril, autorizado por despacho conjunto dos Secretários Regionais do Equipamento Social e de Educação e Cultura, de 10 de Dezembro de 2010, e pelas Resoluções n.ºs 1546/2010, e 1545/2011, de 13 de Dezembro, do Conselho do Governo, respectivamente.

b) Nos considerandos daquelas resoluções foi feita referência expressa a que:

- “[O] Plano e Programa de Investimentos e Despesas de Desenvolvimento da Região Autónoma da Madeira (PIDDAR) para 2010, em consonância com o Plano de Desenvolvimento Económico e Social para a Região Autónoma da Madeira 2007/2013, con-

templa um conjunto de medidas com o objecto de melhorar a qualidade do ensino básico, designadamente através da requalificação e modernização das infraestruturas escolares”.

- “[N]o âmbito de tais medidas e materializando o (...) programa de Governo 2007/2013, o Plano e Programa de Investimentos da Região Autónoma da Madeira (PIDDAR) para 2010, através da Secretaria Regional do Equipamento Social, prevê a execução” de tais obras.

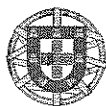
c) Em cada um dos procedimentos, o primeiro com o preço base de 580 000,00€, e o segundo de 2.450 000,00€, foram convidadas a apresentar propostas as seguintes cinco empresas:

- Sociedade de Empreiteiros do Norte da Madeira, Ld.^a;
- Arlindo Correia & Filhos, Ld.^a;
- EDIMADE – Edificadora da Madeira, S.A.;
- OLCA – Construções, Ld.^a;
- Sociedade de Construções Primos, S.A..

d) O critério de adjudicação foi, nas duas situações em referência, o do mais baixo preço, tendo sido definido, também em ambos os casos, um prazo para apresentação de propostas superior a 20 dias.

e) Com base na delegação de competências conferida através da Resolução n.º 1546/2010, de 13 de Dezembro, do Conselho do Governo, o Secretário Regional do Equipamento Social, através de despacho de 26 de Abril de 2011, adjudicou a empreitada de execução da “Cobertura do Polidesportivo e Beneficiação dos Balneários da Escola Básica do 1.º Ciclo do Estreito da Calheta” à Sociedade de Empreiteiros do Norte da Madeira, Ld.^a, pelo preço de 577 885,17€ (s/IVA), por ter sido a entidade classificada em primeiro lugar no procedimento;

Por sua vez, a empreitada de execução da obra de “Ampliação e Requalificação da Escola Básica do 1.º Ciclo da Sede de S. Vicente” foi adjudicada, pela Resolução n.º 537/2011, de 28 de Abril de 2011, do Conselho do Governo, à empresa Olca Construções, Ld.^a, pelo preço de 2 438 502,00€ (s/IVA), que apresentou a melhor proposta, considerada à luz do critério de adjudicação adoptado.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- f) Em sede da verificação preliminar dos referidos processos, solicitou-se à SRES, através dos officios ref.^{as} UAT I/256 e UAT I/270, de 27 e de 30 de Junho de 2011, respectivamente, que, entre outros aspectos, justificasse a adjudicação da presente empreitada por recurso ao ajuste directo, com base na invocação do art.º 1.º, n.º 2, e art.º 5.º, n.º 1, do citado DL n.º 34/2009, alterado pelo DL n.º 29/2010, tendo em atenção que a Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, aprovada em 12 de Maio de 2010, e publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 109, de 7 de Junho do mesmo ano, fez cessar a vigência deste último diploma, tendo ripristinado as normas por ele expressamente revogadas, designadamente o art.º 11.º, que voltou a ser aplicável na sua redacção inicial, a qual limitava da decisão de contratar ao abrigo daquele procedimento a 31 de Dezembro de 2009.
- g) Na resposta constante dos officios ref.º S 6601 e S 6769, de 26 de Julho e de 1 de Agosto últimos, respectivamente, a SRES limitou-se a argumentar que “[a] escolha do procedimento de contratação pública em apreço foi efectuada no pressuposto de que o Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril estava em vigor”, sublinhando que “[a] Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, de 7 de Junho não deixa, no entanto, de oferecer dúvidas quanto ao seu verdadeiro alcance subjectivo na medida em que parece orientada para os procedimentos de contratação pública efectuados no âmbito da prossecução do objecto da Parque Escolar, E.P.E.”.
- h) Face à relevância desta matéria no domínio de controlo a que os dois contratos de empreitada ora se encontram sujeitos, o Tribunal solicitou esclarecimentos adicionais à SRES, veiculados através do Despacho n.º 17/FP/2011, de 11 de Agosto, do Senhor Conselheiro.
- i) No seu officio ref.º S 7893, de 13 de Setembro de 2011, a SRES, confinou-se a reforçar a ideia de que, relativamente à Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, “a técnica legislativa utilizada pelo respectivo legislador produziu um acto normativo que padece de alguma imprecisão, passível de suscitar dúvidas ao nível do seu alcance subjectivo”, concluindo no sentido de que “[e]sta falta de precisão contribuiu decisivamente para que a SRES tivesse efectuado procedimentos de contratação pública com recurso ao regime excepcional previsto no Decreto-Lei n.º 32/2009, de 6 de Fevereiro, no pressuposto de que o Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril se encontrava em vigor”.

II - O Direito

A questão de legalidade que emerge dos factos dados como assentes nos presentes autos reconduz-se à adopção do ajuste directo como procedimento de formação dos dois contratos, ao abrigo do regime excepcional consagrado no DL n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, com as alterações constantes do DL n.º 29/2010, de 1 de Abril.

Semelhante mister exige, desde logo, que se proceda à delimitação do objecto e âmbito de aplicação daquele Decreto-Lei, sendo ainda conveniente identificar o contexto que enquadra a edição do diploma.

De acordo com a respectiva nota preambular, o DL n.º 34/2009 insere-se no âmbito da *“Iniciativa para o Investimento e o Emprego”*¹, aprovada, em 13 de Dezembro de 2008, pelo Conselho de Ministros, com o objectivo de minimizar os efeitos da crise financeira e económica internacional e de permitir o relançamento da economia portuguesa através de um plano de investimento público, envolvendo por um conjunto de medidas especialmente direccionadas às áreas prioritárias para o desenvolvimento do País e com especiais reflexos no domínio da promoção do emprego, consubstanciadas nomeadamente em medidas excepcionais de contratação pública que permitissem tornar mais ágeis e céleres os procedimentos de formação de contratos naqueles domínios.

Materializando o propósito apontado, e tal como emerge do n.º 1 do art.º 1.º do DL n.º 34/2009, este diploma veio estabelecer *“medidas excepcionais de contratação pública aplicáveis aos procedimentos de **concurso limitado por prévia qualificação** e de **ajuste directo** destinados à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, necessários para a concretização de medidas nos seguintes eixos prioritários (destaque nosso):*

- a) **Modernização do parque escolar** (destaque nosso);
- b) *Energias renováveis, eficiência energética e redes de transporte de energia;*
- c) *Modernização da infra-estrutura tecnológica – Redes Banda Larga de Nova Geração;*
- d) *Reabilitação urbana.*

¹ Conforme consta ainda do referido texto preambular, a aprovação desta Iniciativa, a nível nacional, surgiu da necessidade de implementação de medidas de urgência propiciadoras do restabelecimento do bom funcionamento do sistema financeiro e da confiança dos agentes económicos, consubstanciadas, no plano de relançamento da economia europeia, aprovado pelo Conselho Europeu, a 11 e 12 de Dezembro de 2008, na possibilidade de adopção, em 2009 e 2010, dos procedimentos de contratação pública mais céleres previstos na legislação comunitária, em particular na Directiva n.º 2004/18/CE, de 31 de Março, tendo em vista a rápida execução de projectos públicos de maior relevância.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Segundo o consignado no n.º 3 do art.º 1.º, encontravam-se abrangidos por este Decreto-Lei “o Estado, as Regiões Autónomas ou os municípios, directamente ou através de institutos públicos ou empresas públicas (...) consideradas entidades adjudicantes nos termos das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro”, reforçando o art.º 10.º a aplicação do diploma a todo o território regional, “sem prejuízo de diploma regional que proceda às necessárias adaptações nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira”².

No tocante ao regime do ajuste directo introduzido pelo DL n.º 34/2009, sobressai do n.º 2 do art.º 1.º, em articulação com o n.º 1 do art.º 5.º, que, no caso da adjudicação de empreitadas de obras públicas, a adopção deste procedimento apenas podia ter em vista “a celebração de contratos destinados à modernização do parque escolar ou à melhoria da eficiência energética de edifícios públicos (...)”, de valor inferior ao fixado na al. c) do art.º 7.º da *supra* mencionada Directiva n.º 2004/18/CE (4 845 000,00€), independentemente da natureza da entidade adjudicante.

De harmonia com o n.º 1 do art.º 6.º, a entidade adjudicante estava obrigada, no âmbito deste procedimento, a convidar um número mínimo de três entidades diferentes para efeitos de apresentação de propostas.

Quanto à definição do período de vigência do regime de contratação aprovado pelo DL n.º 34/2009, o art.º 11.º consagrou a sua aplicação aos procedimentos de formação dos contratos com decisão de contratar tomada até 31 de Dezembro de 2010 (n.º 1), com excepção do procedimento por ajuste directo aí previsto, em que aquela data foi antecipada para 31 de Dezembro de 2009 (n.º 2).

Com base na invocação da urgência na concretização do plano de investimento público e de obtenção de resultados de curto prazo sobre o crescimento e o emprego, foi posteriormente decidida pelo legislador, na sequência da audição dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas, a prorrogação deste regime excepcional de contratação pública no tocante ao eixo prioritário de modernização do parque escolar, através da publicação do DL n.º 29/2010, de 1 de Abril, que alterou o DL n.º 34/2009, e que passou a consagrar, no n.º 1 do art.º 11.º, a sua aplicação aos procedimentos de formação de contratos públicos cuja

² Anote-se que não foi aprovado qualquer diploma regional de adaptação daquele regime.

decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2010, tendo revogado o n.º 2 desse mesmo art.º 11.º.

O DL n.º 29/2010, cujos efeitos foram reportados a 1 de Janeiro de 2010, alterou igualmente o n.º 2 do art.º 1.º do DL n.º 34/2009, tendo restringido a possibilidade de adopção do procedimento de ajuste directo aos casos de celebração de contratos destinados à modernização do parque escolar.

Todavia, a Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, aprovada em 12 de Maio de 2010, e publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 109, de 7 de Junho do mesmo ano, fez cessar a vigência do DL n.º 29/2010, de 1 de Abril, ripristinando as normas expressamente revogadas pelo citado diploma, nos termos e com fundamento nos n.ºs 1 e 4 do art.º 169.º³ e no n.º 5 do art.º 166.º⁴ da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁵.

Significa isto que, com a revogação do DL n.º 29/2010 - que deixou de vigorar desde a data da publicação da citada Resolução - e subsequente ripristinação das normas do DL n.º 34/2009 por ele revogadas, o recurso ao ajuste directo previsto neste último diploma voltou a estar limitado aos procedimentos de formação de contratos públicos com decisão de contratar tomada até 31 de Dezembro de 2009.

Volvendo aos dois processos em análise, verifica-se, conforme já foi anteriormente assinalado, que a escolha do procedimento de formação dos contratos e a realização da correspondente despesa foram autorizadas por despacho conjunto dos Secretários Regionais do Equipamento Social e de Educação e Cultura, de 10 de Dezembro de 2010, e pelas Resoluções n.ºs 1546/2010, e 1545/2010, de 13 de Dezembro de 2010, do Conselho do Governo, datando a adjudicação das correlativas empreitadas de 26 e de 28 de Abril de 2011, respectivamente.

³ Dispõe o n.º 1 do art.º 169.º da CRP, com a epígrafe “*Apreciação parlamentar de actos legislativos*”, que “*[o]s decretos-leis, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, podem ser submetidos a apreciação da Assembleia da República, para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez deputados, nos trinta dias subsequentes à publicação, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembleia da República*”, preceituando o n.º 4 do mesmo artigo que “*[s]e for aprovada a cessação da sua vigência, o diploma deixará de vigorar desde o dia em que a resolução for publicada no Diário da República e não poderá voltar a ser publicado no decurso da mesma sessão legislativa*”.

⁴ Decorre desta norma que, entre outros, “[r]evestem a forma de resolução os (...) actos da Assembleia da República” que não tenham a forma de lei constitucional, lei orgânica, lei ou moção.

⁵ Neste domínio, vide ainda os art.os 194.º e 195.º do Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, de 20 de Agosto, na redacção dada pelo Regimento da Assembleia da República n.º 1/2010, de 14 de Outubro.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Por conseguinte, o procedimento adoptado para a selecção da entidade co-contratante não podia ter sido o ajuste directo, ao abrigo do regime delineado pelo DL n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, alterado pelo DL n.º 29/2010, de 1 de Abril.

Registe-se, a este propósito, que as reticências da SRES acerca da aplicabilidade da Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010 às situações em apreço, motivadas, em seu entendimento, pela indefinição do alcance subjectivo daquele acto, aparentemente orientado para os procedimentos de contratação pública efectuados no âmbito da prossecução do objecto da Parque Escolar, E.P.E., cedem perante o facto de, numa leitura igualmente redutora, o âmbito subjectivo do DL n.º 29/2010, que prorrogou a aplicação das medidas excepcionais de contratação pública fixadas no DL n.º 34/2009 até 31 de Dezembro de 2010, poder ser também tido como confinado à prossecução do objecto da Parque Escolar, E.P.E., o que não é o caso.

Refira-se, designadamente, que nenhum daqueles diplomas suscita dúvidas acerca da sua aplicabilidade às Regiões Autónomas, o que lhe confere um âmbito que se estende para além da simples prossecução do objecto daquela empresa pública.

Dando-se por afastada a possibilidade de adopção do procedimento por ajuste directo com base no regime excepcional de contratação pública instituído pelo DL n.º 34/2009, importa então aferir sobre a legalidade do recurso, *in casu*, ao mesmo procedimento mas, desta feita, à luz do Código dos Contratos Públicos (CCP), que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, e ulteriormente alterado pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.

Recorde-se que, por força do preconizado no n.º 2 do art.º 1.º daquele Código, o regime estabelecido na parte II do mesmo Código, relativo à contratação pública, é aplicável à formação dos contratos públicos em que se enquadram todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes elencadas no Código, entre as quais se incluem as Regiões Autónomas, conforme ressalta da al. b) do n.º 1 do art.º 2.º, que, em harmonia com o disposto na al. a) do n.º 1 do art.º 3.º, adquirem igualmente a qualidade de contraentes públicos.

Face ao disposto na al. a) do n.º 1 do art.º 6.º, as regras sobre a formação dos contratos constantes da parte II do Código são aplicáveis aos contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, conforme é agora o caso.

Perante este quadro, importa aferir, antes de mais, acerca da possibilidade do recurso ao procedimento por ajuste directo em função de critérios materiais, independentemente do valor dos contratos a celebrar, nos termos previstos e admitidos nos art.ºs 23.º, 24.º e 25.º.

Compulsados os elementos que instruem os dois processos não se vislumbra, no entanto, a ocorrência de qualquer dos circunstancialismos que admitem a adopção do ajuste directo com base nos pressupostos ali taxativamente enunciados.

Resta, assim, trazer à colação as regras que definem a selecção do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas em função do valor do contrato, nomeadamente, as constantes do art.º 19.º, tendo, desde logo, em atenção que, de acordo com o estatuído no art.º 18.º, a escolha dos procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação condiciona o valor do contrato a celebrar.

Segundo a norma da al. a) daquele artigo, a escolha do ajuste directo por parte das entidades adjudicantes identificadas no n.º 1 do art.º 2.º do Código só permite a celebração de contratos de valor inferior ao aí indicado⁶, o qual, no caso da Região Autónoma da Madeira, é acrescido de um coeficiente de 1,35⁷, correspondendo a **202 500,00€**.

Por sua vez, a al. b) do mesmo art.º 19.º estatui que a escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, excepto quando os respectivos anúncios não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia, caso em que só é permitida a celebração de contratos de valor inferior ao fixado na al. c) do art.º 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de Março, que ascende a 4 845 000,00€.

Posto isto, e tendo em conta que o valor dos contratos em referência se cifrou em 577 885,17€ (s/IVA) e em 2 438 502,00€ (s/IVA), excedendo, nessa medida o valor indicado na al. a) do art.º 19.º do Código, apurado em conformidade com a norma do n.º 1 do art.º 4.º do DLR n.º 34/2008/M, de 14 de Agosto, a adjudicação das respectivas empreitadas não

⁶ Correspondente a 150 000,00€.

⁷ Por força do n.º 1 do art.º 4.º do DLR n.º 34/2008/M, de 14 de Agosto, que adaptou o CCP à Região, e que foi objecto da Rectificação n.º 60/2008, de 10 de Outubro, alterado pelo DLR n.º 45/2008/M, de 31 de Dezembro.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

poderia ter sido precedida por ajuste directo fundamentado naquele segmento normativo, mas sim assentado num procedimento mais solene, como o concurso público (ou o concurso limitado por prévia qualificação, se se justificasse), que melhor salvaguardasse os princípios aplicáveis à contratação pública e consagrados no n.º 4 do art.º 1.º do Código, mormente os princípio da transparência, da igualdade e da concorrência.

Com efeito, não se conhecem motivos para a SRES não ter assegurado, nestes casos, uma efectiva auscultação do mercado com vista à obtenção das melhores propostas na perspectiva do interesse público, em vez de ter optado por privilegiar um número restrito de operadores económicos, sendo que os convites foram dirigidos às mesmas empresas.

A partir do momento em que se adopta um procedimento administrativo diverso do prescrito pela lei, toda a actuação administrativa deve ser questionada. Trata-se de uma ofensa grave às regras estabelecidas pela ordem jurídica, sendo a jurisprudência deste Tribunal unânime no sentido de considerar que o concurso público, quando obrigatório, é elemento essencial do acto de adjudicação.

Neste quadro, enfermam de nulidade as adjudicações *sub judice*, nos termos do disposto no art.º 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, a qual se transmitiu aos contratos posteriormente celebrados, por força do art.º 284.º, n.º 2, do CCP, o que, por conseguinte, integra o fundamento de recusa de visto enunciado no art.º 44.º, n.º 3, al. a), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **recusar o visto** aos contratos em apreço.

Prazo para a interposição do recurso: 15 dias contados da notificação da presente decisão, nos termos do n.º 1 do artigo 97.º, conjugado com o artigo 109.º, ambos da Lei n.º 97/98, de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos, no montante de € 21,00, relativamente a cada um dos processos.

Funchal, em 22 de Setembro de 2011.

O JUIZ CONSELHEIRO



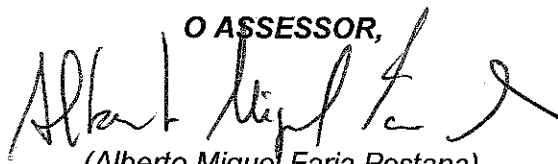
(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,



(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,



(Alberto Miguel Faria Pestana)

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



(José Alberto Varela Martins)