

[Handwritten signature]
M

DECISÃO N.º 15/FP/2011

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 13 de Outubro de 2011, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de execução da obra de reforço da Laje do Piso 3 no Edifício Auto-Silo - Edifício de Apoio ao Hospital Dr. Nélio Mendonça, celebrado, em 16 de Agosto de 2011, entre o Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E. (SESARAM, E.P.E.), e a empresa Tecnovia Madeira - Sociedade de Empreitadas, S.A., pelo preço de 783 645,43€ (s/IVA), S.A. correspondente ao Proc.º de Visto n.º 109/2011.

I - Os FACTOS

Da análise que incidiu sobre o processo em referência destacam-se os seguintes factos:

- a) O Conselho de Administração do SESARAM, E.P.E., autorizou, em 6 de Julho de 2011, a abertura de um procedimento de consulta ao mercado, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento de Aquisições desta entidade, com vista à adjudicação da empreitada de execução do reforço da Laje do Piso 3 no Edifício Auto-Silo - Edifício de Apoio ao Hospital Dr. Nélio Mendonça (pág. 5 a 14 do Proc.º).
- b) Neste contexto, foram convidadas a apresentar propostas as seguintes empresas (pág. 31 a 39 do Proc.º):
 - Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.;
 - AFAVIAS, S.A.;
 - Construtora do Tâmega Madeira, S.A.;
 - Etermar – Engenharia e Construção, S.A.;
 - Zagope Construções e Engenharia; S.A..
- c) De acordo com a alínea e) do ponto 16 do convite elaborado pelo SESARAM, E.P.E., a realização da empreitada dependia da posse, por parte do adjudicatário, de alvará de construção ou títulos de registo do concorrente emitido pelo INCI, I.P., com autorizações na 1.ª, 2.ª, 5.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 e 12.ª subcategorias da 5.ª categoria (Outros Trabalhos), na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitassem (pág. 22 do Proc.º).
- d) O critério de adjudicação adoptado foi, conforme consta do ponto 11 do mesmo convite, o da proposta economicamente mais vantajosa, com ponderação dos factores *Preço da Obra* (70%) e *Prazo de Execução* (30%) (pág. 19 a 21 do Proc.º).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- e) À consulta ao mercado realizada pelo SESARAM, E.P.E., responderam as empresas - AFAVIAS, S.A., Construtora do Tâmega Madeira, S.A., e Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., a última das quais elaborou a proposta com o preço e o prazo mais reduzidos (783 645,43€ (s/IVA)/30 dias).
- f) Na sequência da admissão e subsequente avaliação e ordenação das três propostas, à luz da aplicação do critério de selecção adoptado, o Conselho de Administração do SESARAM, E.P.E., deliberou, em 29 de Julho de 2011, adjudicar a execução da aludida empreitada à Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., classificada em primeiro lugar no procedimento (pág. 91 e 92 do Proc.º).
- g) Em sede de verificação preliminar do processo, diligenciou-se junto do SESARAM, E.P.E., através do ofício ref.ª UAT I/394, de 31 de Agosto de 2011, no sentido de que, entre outros aspectos (pág. 29 e 30 do Proc.º):
- Justificasse o recurso 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 da consulta ao mercado que antecedeu a presente contratação com a disciplina normativa emanada do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, designadamente no que tange à posse de quatro subcategorias da 1.ª categoria na classe correspondente ao valor da proposta.
- h) Relativamente a estas questões específicas, o SESARAM, E.P.E., invocou o seguinte, no seu ofício ref.ª S. 1113154/5, de 28 de Setembro de 2011 (pág. 31 e ss. do Proc.º):
- *“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.*

Ora, no caso vertente, a empreitada de obra pública tinha o preço base de EUR 790 000 (setecentos e noventa mil euros), tendo-lhe 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 11 de Maio de 2011.

Assim, e por força do citado Regulamento, foi adoptada a consulta ao mercado, em conformidade com o previsto no n.º 1 do artigo 3.º, tendo sido convidadas cinco entidades, das quais três apresentaram proposta.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

FF
M
4

Não obstante termos sido notificados da Decisão n.º 11/FP/2011, de 8 de Setembro, da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, salientamos que o procedimento em análise foi dinamizado em data muito anterior à sua notificação”.

- *“A introdução das 4 subcategorias da 1.ª categoria na classe correspondente ao valor da proposta deverá ser entendida como um mero lapso de escrita, sendo que poderá considerar-se que a entidade adjudicante, dada a expressividade e relevância que assume a 2.ª subcategoria da 1.ª categoria, na obra ora em análise, considerou que o empreiteiro de obra pública devia possuir habilitações da 2.ª subcategoria da 1.ª categoria, na classe correspondente ao valor da proposta, em conformidade com o disposto no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de Junho, devendo o empreiteiro ter nas restantes subcategorias as habilitações suficientes nas classes correspondentes ao valor dos trabalhos a que respeitam.*

Todavia, só por lapso manifesto a redacção não foi explícita não tendo ficado separado em outra alínea.

Acresce esclarecer que as entidades convidadas não colocaram em crise este lapso que será considerado em futuros concursos, por forma a evitá-lo, tendo sido já transmitidas instruções nesse sentido.

Também aqui se destaca que embora tenhamos sido notificados da Decisão n.º 11/FP/2011, (...) salientamos que o procedimento em análise foi dinamizado antes da sua notificação”.

II - O DIREITO

Dos factos tidos por assentes nos presentes autos emergem duas questões de legalidade, reconduzindo-se, a primeira delas, à adopção, na situação vertente, da consulta ao mercado, com convite a um universo limitado de entidades, 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



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

regulando-se estatutariamente pelo regime e orgânica publicados em anexo ao diploma de constituição¹.

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 11 de Maio de 2011, e vigente desde o dia 1 do mês subsequente.

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.

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

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.

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, 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.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

J. M. M. M.
TM

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 apreciação é o caso³.

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 da 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, e 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 princípios 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.

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.

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.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

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 Judicial 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.

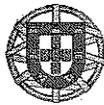
Tanto a Directiva n.º 2004/18/CE como o CCP definem um conjunto de procedimentos de contratação pública, onde é dada prevalência aos procedimentos concorrenciais a importância primordial, isto sem embargo de também serem previstas excepções à sua utilização, quando os mesmos não se justificam ou não 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 ao caso em análise, verifica-se, conforme foi já anteriormente mencionado, 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., recentemente aprovado por deliberação do Conselho de Administração, de 11 de Maio de 2011, e que aligeira ainda mais os mecanismos de formação dos contratos por ele abrangidos.

Concretizando, e de acordo com o n.º 1 do seu artigo 1.º, este Regulamento estabelece a disciplina aplicável à formação dos contratos com locação e aquisição de bens móveis e serviços e realização de empreitadas, a celebrar pelo SESARAM, E.P.E., cujo valor seja inferior ao referido nas alíneas b) e c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, respectivamente.

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

O n.º 2 do mesmo artigo 1.º ressalva, no entanto, que os procedimentos para a formação de contratos sujeitos a co-financiamento comunitários regem-se pelo disposto no CCP.

Já o artigo 2.º do Regulamento em apreço salvaguarda que à contratação celebrada ao abrigo deste Regulamento são aplicáveis os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem direitos constitucionais com assento no CCP, com destaque para o princípio da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e não discriminação, da concorrência e da proporcionalidade.

Do artigo 3.º consta a identificação dos tipos de procedimentos a adoptar pelo SESARAM, E.P.E., para a formação dos contratos abrangidos pelo Regulamento e que, nos termos do artigo 3.º se reconduzem:

- Ao procedimento de consulta ao mercado, em que o SESARAM, E.P.E., convida, directamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar (n.º 1);
- Ao procedimento de consulta ao mercado com publicação de anúncio no portal do SESARAM, E.P.E., a adoptar sempre que a complexidade do objecto e/ou dimensão do mercado o justificar e nas empreitadas de obras públicas de valor superior a 1 000 000,00€, isto sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo.

O artigo 5.º identifica as peças dos procedimentos de formação dos contratos, sendo elas, na consulta ao mercado a mais de uma entidade, o convite à apresentação das propostas [n.º 1, alínea a)], e na consulta ao mercado com publicação de anúncio, o programa do procedimento e o caderno de encargos [n.º 1, alínea b)], integrando os procedimentos de formação de contratos de empreitada a memória descritiva e o projecto de execução, quando exigível (n.º 2).

O n.º 3 do artigo 5.º prevê ainda a possibilidade de indicação de um preço base nas peças do procedimento, que corresponde ao preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução do contrato a celebrar e que constitui fundamento de exclusão das propostas que o ultrapassem.

Neste quadro regulamentar ganham também destaque o n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, que define como critérios de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa [alínea a)], e o do preço mais baixo [alínea b)], bem como o artigo 9.º, que admite a possibilidade de negociação das condições contratuais, extensiva a todos os concorrentes cujas propostas forem admitidas, ou restrita a alguns deles (n.ºs 1 e 3).

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



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

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 publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e não discriminação, da concorrência e da proporcionalidade, estes podem não ser inteiramente respeitados na sua aplicação concreta, como ocorreu na situação vertente. Se não vejamos:

A celebração do contrato de empreitada em apreço foi antecedida por uma consulta ao mercado, nos termos do n.º 1 do artigo 3.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 não pode ser caracterizado como verdadeiramente concorrencial, isto quando, aparentemente, existiam condições para ter sido objecto de publicitação alargada.

Efectivamente, não se conhecem motivos justificativos para o SESARAM, E.P.E., não ter assegurado, neste caso, uma efectiva auscultação do mercado, optando, ao invés, por privilegiar um número restrito de operadores económicos, que se traduziu na recepção de apenas três propostas.

Este circunstancialismo deixa, assim, patente, que a disciplina regulamentar que serviu de base à escolha do procedimento adjudicatório adoptado em concreto não se mostra adequado e colide com os princípios da igualdade, concorrência e transparência que deveriam respeitar e acolher, tendo a sua aplicação conduzido, na prática, a uma escolha que pode não ter sido a melhor na perspectiva última da prossecução do interesse público.

Pelo exposto, entende-se que a contratação efectuada através de uma consulta ao mercado em que foi convidado um número reduzido de entidades, sem a invocação de fundamentos que, na prática, pudessem justificar a inadequação ou a inviabilidade de um procedimento aberto à concorrência contraria princípios legal e constitu-

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



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

cionalmente consagrados, mormente os da concorrência, da igualdade e da transparência, igualdade, 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 do processo em referência prende-se com a indicação, no convite, da posse de alvará de construção com diversas autorizações em classe correspondente ao valor das propostas como um dos requisitos de acesso ao procedimento adjudicatório.

Isto porquanto tal exigência colide com a disciplina jurídica plasmada na norma do n.º 1 do artigo 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.

No processo 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 de as mesmas não serem detentoras das habilitações técnicas divulgadas, pode ter condicionado a sua intenção de se apresentarem ao procedimento lançado.

Refira-se que o próprio SESARAM, E.P.E., reconhece que as exigências habilitacionais impostas às entidades convidadas no âmbito do procedimento adjudicatório 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 do contrato.

Em conclusão:

As ilegalidades *supra* assinaladas, traduzidas na escolha de uma solução adjudicatória 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 do procedimento desencadeado, constituindo, por isso, fundamento para a recusa do visto ao contrato de empreitada em apreciação, por força do estatuído na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto¹⁰.

No entanto, à luz da faculdade que lhe é conferida pelo n.º 4 do artigo 44.º da mesma Lei n.º 98/97, o Tribunal de Contas opta pela concessão do visto ao contrato, com a recomendação de que, no futuro, o SESARAM, E.P.E., promova o lançamen-

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 69/20011, de 15 de Junho.

¹⁰ Que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, republicada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e alterada pelas Leis n.ºs 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

to 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.

III – DECISÃO

Pelo exposto, não se mostrando que houve uma alteração do resultado financeiro do contrato, 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 apuradas¹¹, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **concede-se o visto** ao contrato em apreço, com as recomendações de que, no futuro:

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 artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, no que respeita à exigência de alvará.

São devidos emolumentos, no montante de 783,65€.

Funchal e Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 13 de Outubro de 2011.

O JUIZ CONSELHEIRO

(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

¹¹ Com efeito, foi já proferida uma Decisão (a Decisão n.º 11/FP/2011, de 8 de Setembro), que incidiu sobre três processos do SESARAM, E.P.E., em que se suscitavam questões de idêntica natureza às aqui apontadas. Porém, a data da sua notificação à entidade fiscalizada é posterior ao lançamento do procedimento adjudicatório que conduziu à celebração do presente contrato.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

AT

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui presente, por vídeo-conferência

O Procurador-Geral Adjunto,

(José Alberto Varela Martins)

