



DECISÃO N.º 17/FP/2011

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 10 de Novembro de 2011, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de construção da “via expresso Fajã da Ovelha/Ponta do Pargo - 2.ª Fase”, outorgado, em 7 de abril de 2011, entre a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., e o consórcio “AFA/Lena/Soares da Costa”, pelo preço de 34 697 811,14€ (s/IVA).

I - OS FACTOS

Da análise efetuada ao processo em referência, sobressaem os factos que se elencam de seguida para efeitos da decisão a proferir.

Desde logo, e tendo em vista o enquadramento factual que envolveu a celebração deste contrato, assim como a definição da posição relativa ocupada pelos diversos sujeitos de direito que a ele estão direta e indiretamente associados, importa trazer à colação os seguintes dados, extraídos dos elementos instrutórios do processo, dos esclarecimentos facultados pela RAMEDM, S.A., ao abrigo do seu ofício n.º 2428, de 20 de outubro de 2011, bem como do arquivo permanente existente no Serviço de Apoio:

- A **RAMEDM, S.A.**, foi constituída através do **Decreto Legislativo Regional n.º 8/2007/M, de 12 de janeiro**¹, que aprovou igualmente os respetivos estatutos, configurando juridicamente uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo objeto consiste no exercício da concessão de serviço público de construção e conservação das estradas regionais, titulada através de contrato celebrado com a Região Autónoma da Madeira (RAM), que regula as relações entre as partes (artigos 1.º, n.º 1, e 3.º, do diploma e 1.º e 2.º dos Estatutos)².
- O **contrato de concessão** de serviço público foi formalizado, entre a RAM e a RAMEDM, S.A., em **10 de abril de 2007**, incluindo no seu objeto um conjunto de vias rodoviárias regionais (construídas e a construir)^{3 4}, sendo uma delas a via expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo.

¹ Alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/2011, de 11 de agosto.

² A RAMEDM; S.A., passou a assumir as funções anteriormente cometidas à Direção Regional de Estradas em matéria de rede viária regional.

³ No Capítulo III do contrato de concessão, incidente sobre a estrutura e obrigações da concessionária, ficou definido o seguinte:

“20. ASSUNÇÃO DE POSIÇÕES CONTRATUAIS DE OUTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

20.1. A Concessionária compromete-se perante a Concedente a assumir posições contratuais detidas por outras entidades públicas regionais que esta lhe venha a atribuir no decurso do Contrato, assumindo todas as obrigações e exercendo todos os direitos daí advinentes, **desde que relacionadas com o objeto da Concessão.** (Destaque nosso)

20.2. A assunção de posições segue o regime disposto na lei.

- Nos termos no artigo 6.º, n.º 1, do diploma de constituição, a atividade da referida empresa exerce-se dentro do respeito pelos direitos exclusivos conferidos a outros concessionários rodoviários, que conservam todos os seus direitos e obrigações.
- Por sua vez, reza o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma que os poderes que o Governo Regional detém sobre a RAMEDM, S.A, são essencialmente exercidos através do representante da Região na assembleia geral, com respeito pela posição da Região, enquanto concedente.
- Em matéria de adjudicação de empreitadas de obras públicas, o artigo 13.º do Decreto Legislativo Regional n.º 8/2007/M sujeita a RAMEDM, S.A., ao cumprimento dos princípios da igualdade e da imparcialidade de tratamento dos interessados e dos procedimentos legal ou regulamentarmente aplicáveis, prevendo expressamente a aplicação do

20.3. (...).

21. ASSUNÇÃO DE FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELA CONCEDENTE NOS CONTRATOS EM EXECUÇÃO

21.1. Cabe à Concessionária proceder ao acompanhamento, fiscalização e controlo da execução dos contratos relativos às vias Rodoviárias Regionais que se encontrem em execução no momento da entrada em vigor do presente contrato.

21.2. O disposto no número anterior não determina qualquer transmissão da posição contratual da Concedente para a Concessionária nem a assunção por esta dos direitos e das obrigações no âmbito destes contratos.

21.3. (...).

22. ASSUNÇÃO DE FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELA CONCEDENTE NO ÂMBITO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO EM VIGOR

22.1. A Concedente pode atribuir à Concessionária o desempenho de algumas das funções que atualmente exerce no âmbito de contratos de concessão em vigor, designadamente dos celebrados com a Vialitoral, Concessões Rodoviárias da Madeira, S.A. e com a Concessionária de Estradas Viaexpresso da Madeira, S.A..

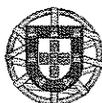
22.2. Às obrigações decorrentes desta cláusula aplica-se o disposto no número 21.1., sendo apenas atribuída à Concessionária funções de acompanhamento, fiscalização e controle da execução dos respetivos contratos de concessão.

22.3. Às relações da Concessionária com outras concessionárias rodoviárias é aplicável o disposto no artigo 6.º do DLR n.º 8/2007/M, de 12 de Janeiro.

22.4. (...).

⁴ Por seu turno, no Capítulo IV do contrato de concessão, mais concretamente, no ponto 27.1., ficou estabelecido, relativamente ao financiamento da concessão, que “[a] concessionária é a única e integral responsável pela obtenção dos meios financeiros necessários ao cabal e pontual cumprimento das obrigações previstas no presente Contrato, sem prejuízo das obrigações económico-financeiras assumidas pela Concedente relativas à prestação do serviço público concessionado”, listando o ponto 27.2., entre as receitas da Concessão, o “[p]agamento atribuído à Concessionária pela Concedente pela disponibilidade anual das Vias Rodoviárias Regionais, nos termos da cláusula 29”, “os “[p]roveitos advenientes da prestação de serviços (...) à Concedente” e os “[f]undos, subsídios e contribuições atribuídos, nos termos da lei, pela Concedente (...)”.

Saliente-se ainda que, nos termos do ponto 29.1., “[a] Concedente compromete-se a efetuar pagamentos à Concessionária que reflitam todos os custos decorrentes da realização das atividades de conceção, projeto, construção, gestão, conservação e exploração das Vias Rodoviárias regionais, que não possam ser cobertos pelas receitas normais provenientes da prestação dessas obrigações em condições normais de mercado, e que, por isso, uma empresa em condições normais de mercado não adotaria, correspondendo ao estritamente necessário para a cobertura desses custos”, resultando do 29.2. que estes pagamentos destinam-se a compensar a Concessionária “pelos custos decorrentes do cumprimento de obrigações de serviço público e devem ser objeto de contratos de disponibilidade das Vias Rodoviárias regionais a celebrar entre as partes”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature and initials: "Muff" and "R" with a checkmark.

regime jurídico das empreitadas de obras públicas às empreitadas de valor igual ou superior ao estabelecido para efeitos de aplicação das diretivas da União Europeia relativa à coordenação dos processos de adjudicação (n.ºs 1 e 3).

- Nos termos da alínea f) do artigo 12.º dos respetivos Estatutos, o conselho de administração da RAMEDM, S.A., dispõe de competência para desencadear os procedimentos para o estabelecimento das relações contratuais em que se deseje envolver, e adjudicar tais contratos.
- A **VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira, S.A. (VIAMADEIRA, S.A.)**, foi criada através do **Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de agosto**⁵, tendo-lhe sido adjudicada, através deste diploma, a concessão de serviço público de exploração, conservação e manutenção de diversos troços de estradas regionais previstos no artigo 1.º, n.º 1⁶, em regime de exclusivo e sem cobrança direta aos utilizadores, a formalizar através da celebração de contrato (artigo 2.º, n.º 3).
- No n.º 2 do mesmo dispositivo foi prevista a possibilidade de a concessão poder ser alargada a outras estradas regionais ou a extensões dos aludidos troços, até ao limite de metade da quilometragem inicialmente definida, por alteração do contrato de concessão, acompanhada por um processo de aumento de capital social.
- Através do Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M foram igualmente aprovados os estatutos da sociedade, assim como as bases da concessão, constantes dos Anexos I e II ao diploma.
- A VIAMADEIRA, S.A., foi constituída sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, tendo sido prevista a posterior participação de acionistas privados por meio de futuros aumentos de capital (artigo 4.º, n.º 1).
- De acordo com a Base IV, a extensão do objeto da concessão ficou dependente de decisão do Governo Regional, a ser aceite pela concessionária e formalizada por alteração do contrato de concessão (cfr. ainda a Base III).
- Na Base XXVII ficou inicialmente contemplada a hipótese de a concessionária poder receber, por meio de cessão da posição contratual da RAMEDM, S.A., ou de outras entidades públicas, o encargo de executar obra nova, no pressuposto de ter sido respeitado o procedimento pré-contratual legalmente estabelecido pela entidade cedente⁷.
- O Conselho do Governo, através da **Resolução n.º 1530/2008, de 12 de dezembro**, alargou o direito de exclusivo da VIAMADEIRA, S.A., aos troços de estradas regionais (EERR) **VR2 Câmara de Lobos – Estreito de Câmara de Lobos, VE3 Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo e VE3 Variante da Madalena do Mar**, pressupondo a transmissão da

⁵ Alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/2010/M, de 30 de novembro.

⁶ (EERR), VE1 – troços **Ribeira de São Jorge – Arco de São Jorge; Arco de São Jorge – Boaventura e Boaventura – São Vicente; ER 109-VE8 – troço Vasco Gil – Fundoa – cota 500**, na extensão total de 20,6 km.

⁷ Esta disciplina foi posteriormente alterada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/2010/M, de 30 de novembro, conforme será adiante referido.

posição contratual, da RAMEDM, S.A., para aquela empresa, nos contratos de empreitada das obras abrangidas pela extensão da concessão.

- Em **23 de dezembro de 2008**, foi assinada uma alteração ao contrato de concessão previamente celebrado entre a RAM e a RAMEDM, S.A., que contemplou a exclusão da concessão das empreitadas identificadas no Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M e na Resolução n.º 1530/2008, que passaram a integrar a concessão VIAMADEIRA.
- Ao abrigo da **Resolução n.º 715/2009, de 18 de junho**, o Conselho do Governo resolveu circunscrever o direito de exclusivo da VIAMADEIRA, S.A., ao troço da estrada regional **VE3 Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo ao traçado até ao ponto kilométrico (pk) 4+235 (Troço 1)**.
- A fim de dar suporte à extensão da concessão concretizada pela referida Resolução n.º 1530/2008, a concessionária outorgou contratos de cessão da posição contratual respeitantes às empreitadas dos troços em questão.
- O **contrato de concessão de serviço público** foi celebrado, em **29 de dezembro de 2008**, entre a RAM e a VIAMADEIRA, S.A., tendo sido apontada como uma das causas de caducidade do contrato, na sua **cláusula 50.3.**, a não obtenção, até à data aí indicada, do fecho da operação de financiamento da concessão, cessando, nessa eventualidade, todos os direitos e obrigações da concessionária emergentes do contrato de concessão, assumindo a RAM, retroativa e automaticamente, a posição da concessionária nas cessões de posições contratuais nos contratos de empreitada outorgados, nos termos estipulados nos respetivos contratos de cessão da posição contratual, extinguindo-se as relações contratuais existentes entre as partes.
- Com efeito, ficou estabelecido, nos contratos de cessão outorgados, que a eventual inviabilidade do fecho financeiro do contrato de concessão, determinaria transmissão da posição de concessionária aí ocupada pela VIAMADEIRA, S.A., sem necessidade de comunicação, notificação ou qualquer outra formalidade, automática e retroativamente para a RAM, que assumiria, também automática e retroativamente, todos os direitos e obrigações da posição contratual cedida.
- Por força da alteração introduzida ao Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de agosto, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/2010/M, de 30 de novembro, cuja produção de efeitos se reporta ao dia seguinte ao da sua publicação, a Base XXVII passou a ter a seguinte redação:

“A concessionária pode receber, por meio de cessão de posição contratual ou de cessão de posição jurídica da RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A., o encargo de executar obra nova, desde que tenha sido respeitado o procedimento pré-contratual legalmente estabelecido pela entidade cedente.

A RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A., pode ainda, desencadear procedimentos pré-contratuais e adjudicar e contratar empreitadas de obras públicas relativas à execução de vias rodoviárias que integrem, ou venham a integrar o objeto da VIAMADEIRA, considerando a extensão prevista na base IV e o disposto no artigo 3.º dos estatutos da VIAMADEIRA (...), mesmo que essas empreitadas venham a ter a sua execução cometida à VIAMADEIRA (...).”

- Pela **Resolução n.º 1496/2009, de 3 de dezembro**, o Conselho do Governo “*autorizou*” a RAMEDM, S.A., a prosseguir com os concursos públicos pendentes relativos às emprei-



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

F. M. M. M.

tadas inseridas nos troços abrangidos pela concessão VIAMADEIRA, mormente, por via da adjudicação das empreitadas e da celebração dos respetivos contratos, sem prejuízo da efetiva cessão da posição contratual para a VIAMADEIRA, S.A., que, no caso da empreitada da via expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo – 2.ª fase, envolvia a cessão meramente parcial da posição ocupada pela RAMEDM, S.A., respeitante ao troço 1 [compreendido entre o início do traçado e o ponto quilométrico (pk) 4-235].

- Através da **Resolução n.º 954/2011, de 30 de junho**, o Conselho do Governo deu por findo o processo tendente ao fecho da operação de financiamento da concessão (que se arrastou de 2008 até 2011), face à inviabilidade de esta ser concluída com sucesso, o que teve como consequência direta, nos termos do contrato de concessão e dos demais instrumentos contratuais relacionados, a assunção, pela Região, da posição de dono da obra nas empreitadas aí elencadas, em que se inclui aquela a que respeita o contrato ora em análise, na parte relativa ao aludido troço viário.
- Por força da alteração introduzida ao Decreto Legislativo Regional n.º 8/2007/M, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/2011/M, de 11 de agosto, a RAMEDM, S.A., passou a ter jurisdição sobre as estradas regionais abrangidas, originariamente e por extensão de objeto, pelo artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/2010/M, passando a caber-lhe o cumprimento das obrigações de construção e conservação relativas às mesmas.

Para efeitos de apreciação da conformidade legal do instrumento jurídico ora submetido a fiscalização prévia importa agora atender aos seguintes elementos, que encontram suporte na documentação instrutória do processo:

- A celebração do contrato de empreitada em referência foi precedida pela realização de um concurso público, regulado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, promovido pela RAMEDM, S.A., através de deliberação de **15 de Julho de 2008**, do respetivo Conselho de Administração.
- No ponto 2.1 do programa do concurso patenteado, igualmente aprovado, tal como o caderno de encargos, por aquele órgão colegial, a RAMEDM, S.A., foi expressamente indicada como a entidade responsável pelo procedimento adjudicatório em causa.
- Por sua vez, no ponto 2.1. das cláusulas gerais do caderno de encargos ficou estabelecido que a empreitada tinha por objeto a realização dos trabalhos descritos, quanto à sua espécie, quantidade e condições técnicas de execução, no projeto assim como nessa peça.
- No anúncio de abertura do procedimento concursal, publicado no JOCE S145/2008 e no Diário da República, 2.ª Série, n.º 145, ambos de **29 de julho de 2008**, e publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II Série, n.º 141, de 25 de julho de 2008, no Notícias da Madeira e no Jornal da Madeira, da mesma data, a RAMEDM, S.A., foi identificada como a entidade adjudicante da empreitada.
- Naquele anúncio fez-se ainda constar que a cobertura orçamental da despesa decorrente da empreitada seria assegurada pelo orçamento da RAMEDM, S.A., bem como que esta entidade **não estava a contratar por conta de outras entidades adjudicantes**. Apreciadas e ordenadas as propostas admitidas a concurso à luz do critério da proposta mais vantajosa, o Conselho de Administração da RAMEDM, S.A., por **deliberação de 2 de fevereiro de 2011**, adjudicou a empreitada ao agrupamento composto pelas empresas

AFA, S.A., Lena, S.A., e Soares da Costa, S.A., pelo preço de 34 697 811,14€ (s/IVA), deixando assente naquele ato que “a despesa respeitante à totalidade” do contrato a celebrar “e, conseqüentemente, a responsabilidade da execução da obra” seria “repartida (...) do seguinte modo:

a) 25 488 139,91€ (...), os quais (...) serão da responsabilidade da VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira, S.A., e dizem respeito ao troço compreendido entre o início do traçado e o ponto kilométrico (pk) 4+235 (Troço 1);

b) 9 209 671,23€ (...), os quais (...) serão da responsabilidade da RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., e dizem respeito ao troço compreendido entre o ponto kilométrico (pk) 4+235 e o fim do traçado (Troço 2)”.

- A coberto daquela deliberação foi também autorizada a celebração do correspondente contrato de empreitada e aprovada a sua minuta.
- O agrupamento concorrente foi notificado da adjudicação através do ofício ref.ª S 262, de 4 de fevereiro de 2011, através do qual lhe foi ainda comunicada a repartição da responsabilidade da execução da empreitada por dois donos de obra distintos.
- A previsão de repartição da responsabilidade de execução da obra ficou igualmente consagrada no contrato da empreitada, outorgado, no dia 7 de abril de 2011, pela RAMEDM, S.A., e pelo consórcio “AFA / Lena / Soares da Costa”.
- Na cláusula 3.4. do contrato de cessão parcial de posição contratual relativo à empreitada em apreço, igualmente assinado em 7 de abril de 2011, pela Região Autónoma da Madeira, pela RAMEDM, S.A., e pela VIAMADEIRA, S.A., ficou estabelecido que “[a] transmissão da posição contratual” ocupada pela RAMEDM, S.A., teria “efeitos retroativos à data da outorga do contrato de empreitada, no caso da VIAMADEIRA, e à data da adjudicação, no caso da RAM”.
- O consórcio adjudicatário entregou duas garantias bancárias distintas, ambas prestadas a favor da RAMEDM, S.A., cobrindo uma a execução da empreitada na parte relativa ao Troço 1 e, a outra, a parte concernente ao Troço 2.
- Em 19 de setembro de 2011, foram assinados dois autos de consignação parcial da obra autónomos, respeitando um deles à execução do Troço 1, o qual foi assinado pela RAMEDM, S.A., em representação da RAM, e pelo empreiteiro, e o outro, à realização do Troço 2, outorgado por este último e pela RAMEDM, S.A..

Confrontada, através do Despacho n.º 23/FP/2011, de 26 de outubro, com as dúvidas de legalidade suscitadas acerca da alusão, tanto no ato adjudicatório, como no clausulado do contrato de empreitada, a um segundo dono da obra, a RAMEDM, S.A., alegou, em síntese, no seu ofício ref.ª 2611, de 8 de novembro de 2011, que:

- Por meio do contrato de concessão celebrado, em 10 de abril de 2007, entre a RAM e a RAMEDM, S.A., a posição de dono da obra ocupada pela Região relativamente à via expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo transmitiu-se para aquela empresa, que se viu forçada a adaptar as peças concursais previamente elaboradas pelos serviços da Administração Regional, de molde a que as mesmas refletissem a alteração operada;
- Não obstante, através da Resolução n.º 1530/2008, de 12 de dezembro, o Conselho do Governo estendeu o direito de exclusivo da VIAMADEIRA, S.A. (entretanto criada pelo



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de agosto), entre outros, ao troço de estrada regional VE3 Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo [em que está incluída a 2.ª fase desta empreitada, circunscrita, por força da Resolução n.º 715/2009, de 18 de junho, do início do traçado até ao ponto kilométrico (pk) 4+235], “pressupondo a transmissão da posição contratual, da RAMEDM para a VIAMADEIRA, nos contratos de empreitada das obras abrangidas pela extensão da concessão”;

- “De todas estas transmissões da posição de Dono da Obra (...) foi feita a necessária publicidade (...) e dado conhecimento aos interessados no momento oportuno”;
- “[A] Resolução do Conselho do Governo n.º 1462/2010, de 3 de Dezembro, (...) **definiu como objetivo da RAMEDM, Estradas da Madeira, S.A., a prossecução imediata dos concurso públicos pendentes relativos às empreitadas inseridas nos troços que fazem parte da concessão VIAMADEIRA, consubstanciada na adjudicação, na celebração dos contratos de empreitada e na prática dos demais atos que daí advêm (...), sem prejuízo de todos os encargos decorrentes da execução dos contratos de empreitada e que seriam excluídos na íntegra da concessão RAMEDM, à exceção do contrato de empreitada da «Via Expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo – 2.ª Fase» que será suportado parcialmente e na parte que lhe diz respeito pela RAMEDM (Troço 2 – compreendido entre o ponto kilométrico (pk) 4+235 e o fim do traçado), sendo o remanescente sujeito a cessão contratual na forma parcial para a VIAMADEIRA, serem integralmente suportados pela concessão VIAMADEIRA que passaria a ocupar a posição contratual da RAMEDM e assumiria todos os encargos automaticamente à data da celebração dos contratos de empreitada, após o fecho do financiamento do empreendimento e da verificação da conformidade dos ditos contratos por quem de direito, sem prejuízo dos instrumentos jurídicos que se revelassem necessários concretizar, para o cumprimento e salvaguarda destas determinações**”;
- “Com o intuito mencionado, a resolução do Conselho do Governo n.º 1496/2010, de 3 de Dezembro, autorizou os membros do Conselho de Administração, para, em nome e representação da sociedade, aprovarem, outorgarem e executarem qualquer ato ou contrato, em termos gerais, relacionados com as orientações definidas para a RAMEDM, e deu as autorizações de sócio e de tutela que fossem necessárias para a prática dos atos objeto da dita Resolução”;
- “Apesar de a execução da empreitada passar a ser repartida, **manteve-se inalterado o objeto da empreitada, tal como referido no ponto 2.1. do Caderno de Encargos (...)**”;
- Por outro lado, “**não foram feridos os princípios concursais**”, ficando o respeito pelo princípio da estabilidade demonstrado pelo facto de “a alteração da posição de dono da obra (...) não implicou qualquer modificação nas peças concursais que interferisse com os direitos e interesses legítimos dos concorrentes nem, em particular, do adjudicatário”.
- Paralelamente, foram também observados o princípio da legalidade, “tanto na formação como na execução do contrato”, o princípio da transparência e da publicidade, uma vez que “o critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretendia celebrar mantiveram-se inalterados, encontrando-se definidos previamente à abertura do procedimento e foram dados a conhecer a todos os interessados a partir daquela abertura” e que os fundamentos determinantes da alteração da posição do dono da obra e a “consequente repartição da execução da empreitada foram devidamente comunicados ao adjudicatário, aquando da adjudicação”, e ainda porquanto “as Resoluções do Conselho do Governo Regional que continham toda a fundamentação subjacente ao presente pro-

cesso de adjudicação e subsequente cessão de posição contratual” foram amplamente publicitadas no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira”;

- Foi ainda cumprido o princípio da boa-fé, porquanto “na formação e execução do contrato a RAMEDM agiu segundo as exigências da identidade, autenticidade e veracidade na comunicação”;
- “A menção constante da cláusula 3.4 do contrato de cessão da posição contratual, que atribui efeitos retroativos à data da adjudicação da posição ocupada pela RAMEDM e passada à RAM, encontra o seu fundamento” nos termos conjugados dos artigos 181.º, 127.º, n.º 1, e 128.º, n.º 2, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo, sendo que “[p]ara além de reportar os efeitos da retroatividade à data da adjudicação – logo, à data em que ficou concluído o ato mais relevante e constitutivo de direitos e obrigações recíprocas – , tal estipulação era favorável às partes, não lesava direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros, em particular do adjudicatário (...)”.

II - O DIREITO

Os factos dados como assentes nos presentes autos suscitam uma questão de legalidade, que se reconduz à legitimidade da RAMEDM; S.A., para adjudicar a empreitada lançada a concurso e celebrar o correspondente contrato, repartindo a responsabilidade pela respetiva execução por dois donos de obra distintos.

A análise e apreciação desta questão exige que se atente, desde logo, na natureza jurídica e no posicionamento ocupado por aquela sociedade, assim como nos princípios enformadores da contratação pública.

Tal como foi oportunamente sublinhado no antecedente ponto 4., a RAMEDM; S.A., foi criada através do Decreto Legislativo Regional n.º 8/2007/M, de 12 de janeiro⁸, que aprovou igualmente os respetivos estatutos, consubstanciando uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos cujo objeto consiste no exercício da concessão de serviço público de construção e conservação das estradas regionais, titulada através de contrato celebrado com a RAM (artigos 1.º, n.º 1, e 3.º, do diploma e 1.º e 2.º dos Estatutos).

Segundo o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma, e face ao regime que enquadra o sector público empresarial⁹, ao abrigo do qual a RAMEDM, S.A., ganha a qualificação de empresa pública regional, os poderes que o Governo Regional detém sobre a empresa são essencialmente exercidos através do representante da Região na assembleia geral, com respeito pela posição da Região, enquanto concedente.

Atenta a natureza de sociedade anónima formalmente conferida à RAMEDM, S.A.¹⁰, cumpre, desde logo, deixar assente, conforme decorre do artigo 5.º do Código das Sociedades

⁸ Alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/2011, de 11 de agosto.

⁹ Até à aprovação do Decreto Legislativo Regional n.º 13/2010/M, de 5 de agosto, que estabelece o regime jurídico do sector empresarial da RAM, tinha-se por subsidiariamente aplicável às empresas regionais o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, que aprovou o regime do sector empresarial do Estado.

¹⁰ Pese embora a natureza societária que lhe foi formalmente conferida, a RAMEDM; S.A., consubstancia uma pessoa coletiva criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, não revestindo um carácter verdadeiramente empresarial.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Fajã
4

Comerciais (CSC), que a mesma goza de personalidade e de capacidade jurídicas, compreendendo esta última vertente, de acordo com o artigo 6.º do mesmo Código, “os **direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim**, excetuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular” (Destaque nosso).

Ainda a este propósito, o n.º 4 daquele preceito legal estatui que “[a]s cláusulas contratuais e as deliberações sociais que **fixem à sociedade determinado objeto** ou proibam a prática de certos atos não limitam a capacidade da sociedade, mas **constituem os órgãos da sociedade no dever de não excederem esse objeto** ou de não praticarem esses atos” (Destaque nosso), entendendo-se aqui por objeto social as atividades a exercer pela sociedade, conforme se depreende do n.º 2 do artigo 11.º do CSC.

Significa isto que a atuação RAMEDM, S.A., abarca e tem como limite o objeto social que lhe foi traçado e atribuído pelo diploma de constituição e melhor concretizado no contrato de concessão celebrado com a RAM.

Transpondo esta conclusão para a situação em análise, constata-se que, à data da abertura, pela RAMEDM, S.A., do concurso público da empreitada a que respeita o presente contrato, a construção da via expresso Fajã da Ovelha / Ponta do Pargo - 2.ª Fase¹¹ integrava o objeto social da empresa.

Porém, e tal como foi já assinalado, os dados recolhidos evidenciam que, no decurso do procedimento, mais concretamente, na sequência da criação da VIAMADEIRA, S.A., o objeto social da RAMEDM, S.A. foi restringido, dele tendo sido excluídos, entre outros, o Troço 1 da via expresso Fajã da Ovelha / Ponta do Pargo - 2.ª Fase, que passou a integrar a concessão conferida à primeira daquelas empresas.

Não obstante este circunstancialismo, a RAMEDM, S.A., deu continuidade ao procedimento concursal previamente desencadeado, tendo o conselho de administração da empresa adjudicado a empreitada, em 2 de fevereiro de 2011, com a ressalva da repartição da sua execução por dois donos de obra distintos, a saber, a RAMEDM; S.A., e a VIAMADEIRA, S.A..

O contrato de empreitada celebrado nesta sequência, em 7 de abril de 2011, outorgado pelo consórcio adjudicatário e pela RAMEDM; S.A., contempla igualmente esta repartição de responsabilidades.

Ora, a questão que aqui se suscita prende-se com a identificação dos titulares da relação pré-contratual e contratual e, conseqüentemente, com a determinação da legitimidade daqueles que, no processo, assumem a posição formal de entidade adjudicante e de dono(s) de obra, respetivamente.

Conforme enfatiza Mário Esteves de Oliveira¹², “[a] **entidade adjudicante** é o primeiro dos sujeitos da relação jurídica da contratação pública, a pessoa coletiva – ou então (...) o agrupamento de pessoas coletivas – no interesse de quem o procedimento de contratação pública é lançado e que será a parte pública (...) no contrato a celebrar no seu termo (...)”.

¹¹ A saber, 29 de julho de 2011.

¹² Acompanhado por Rodrigo Esteves de Oliveira, in Concursos e Outros Procedimentos, Almedina, 2011, págs. 386 e 390.

Transpondo este entendimento para o caso em apreço, verifica-se que, no momento em que desencadeou o procedimento adjudicatório tendente à contratação da empreitada, a RAMEDM, S.A., detinha a qualidade plena de entidade adjudicante, enquadrando-se, designadamente, no âmbito subjetivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, nos termos da alínea h) do n.º 1 do seu artigo 3.º, e estando sujeita, nessa medida, à observância dos princípios de contratação pública enunciados nos artigos 7.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, por força da aplicação do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), deste diploma.

Todavia, no decorrer do procedimento, e em virtude da redução do respetivo objeto social, a RAMEDM, S.A., deixou de ter um interesse direto na adjudicação de uma das partes da empreitada, concretamente, daquela respeitante ao denominado Troço 1, cuja concessão foi atribuída pela RAM à VIAMADEIRA, S.A., o que, contudo, não afastou aquela empresa da decisão de dar continuidade ao concurso, que culminou com a adjudicação, pela mesma, da totalidade da empreitada, embora com a ressalva da repartição da responsabilidade de execução pela RAMEDM, S.A., e pela VIAMADEIRA, S.A., a qual foi igualmente acolhida no contrato formalizado nesse encadeamento, em 7 de abril de 2011.

Afigura-se, no entanto, que esta atuação carece do devido suporte jurídico, uma vez que, ao adjudicar a empreitada nos termos postos a concurso, a RAMEDM, S.A., extravasou o seu objeto social, tendo em consideração que este deixou de integrar uma parte da concessão da via a construir.

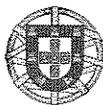
Considera-se ainda que esta posição não cede perante o facto de o Decreto Legislativo Regional n.º 23/2010/M, de 30 de novembro, que alterou o Decreto legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de agosto, ter conferido à RAMEDM, S.A., o poder de *“desencadear procedimentos pré-contratuais e adjudicar e contratar empreitadas de obras públicas relativas à execução de vias rodoviárias que integrem, ou venham a integrar o objeto da VIAMADEIRA, considerando a extensão prevista na base IV e o disposto no artigo 3.º dos estatutos da VIAMADEIRA (...), mesmo que essas empreitadas venham a ter a sua execução cometida à VIAMADEIRA (...).”*, isto porquanto, reitera-se, tais poderes não são enquadráveis no objeto social da empresa.

Face à falta de legitimidade da RAMEDM, S.A., para adjudicar o procedimento nos termos em que o mesmo foi desencadeado¹³, em resultado da alteração superveniente das circunstâncias, impunha-se que a empresa tivesse tomado a decisão de anular o concurso, optando por lançar um novo procedimento que contemplasse apenas a parcela da empreitada que continuou a estar incluída no seu objeto social, em que surgisse simultaneamente como entidade adjudicante e como dona da obra.

A alternativa teria sido a constituição de um agrupamento de entidades adjudicantes (constituído pela RAMEDM, S.A., e pela VIAMADEIRA, S.A., ou posteriormente, pela RAM) tendo em vista a abertura de um novo concurso público que abarcasse o objeto do procedimento promovido *ab initio* pela RAMEDM, S.A..

Refira-se ainda que a repartição de responsabilidades pela execução da empreitada por dois donos de obras diferentes, em moldes não divulgados atempadamente nas peças procedimentais contrariou igualmente alguns dos princípios da contratação pública, na altura expressamente elencados nos artigos 7.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 197/99, com destaque para os princípios da transparência, da publicidade e da estabilidade (artigos 8.º e 14.º),

¹³ Constantes das peças do procedimento.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

uma vez que, ao contrário do que foi alegado pela RAMEDM, S.A., no seu ofício ref.^a 2611, de 8 de novembro de 2011, não se considera que as Resoluções do Conselho do Governo a que é feita menção constituísse publicitação suficiente das modificações ocorridas, nem, tão pouco, que o regime jurídico aplicável ao concurso público comportasse a alteração de elementos essenciais do concurso fixados nas peças procedimentais, de que fazia parte a identificação da entidade adjudicante/dono da obra¹⁴.

Esta última alusão leva ainda a sublinhar que, na situação vertente, estava afastada a hipótese de alteração da identidade da entidade adjudicante no decorrer do procedimento adjudicatório.

Pronunciando-se sobre este particular, defende Mário Esteves de Oliveira que *“não pode haver uma sucessão do (ou no) procedimento pré-contratual, uma espécie de «cessão da posição procedimental» (...) envolvendo a substituição da entidade aí identificada por outra a quem sejam atribuídos os atos já praticados e o contrato a celebrar», exigindo-se a “anulação do procedimento, melhor, a revogação daquela decisão de contratar e a emissão pela segunda entidade de uma nova decisão identificando-a como adjudicante, com a abertura de novo procedimento”.*

Segundo este autor, tal imposição constitui uma decorrência do *“princípio da inalienabilidade das competências jurídico-públicas”, e ocorre “inequivocamente no caso de existirem (...) dois interesses contratuais próprios, duas entidades adjudicantes distintas, e de a que figurava inicialmente nessa qualidade querer «ceder a sua posição pré-contratual à outra, passando o procedimento de aquisição das obras, bens ou serviços em causa (se a substituição fosse admitida, claro) a correr, com aproveitamento do processado, em nome e no interesse da entidade cessionária ou substituta, não mais no da entidade cedente ou substituída – hipótese que descartamos, sem hesitar, tendo que abrir-se novo procedimento virgem”.*

Para concluir, prossegue aquele autor assinalando que *“[d]iferente é a hipótese de uma entidade suceder legal ou administrativamente na personalidade jurídica, em responsabilidade ou em atribuição de outra que, na decisão de contratar, figurava como entidade adjudicante – ou suceder até só nas suas atribuições (ligadas ao contrato a celebrar) -, caso em que o procedimento continua a correr tal qual se encontrava, mediante a simples alteração nominativa da identidade da entidade adjudicante, hipótese esta que, ao longo de todo o procedimento, existe portanto um só interesse e posição adjudicantes”.*

Contudo, não foi este o caso da contratação que agora se analisa.

Lançando mão das premissas subjacentes ao raciocínio exposto, sustenta-se o entendimento de que, *in casu*, a adjudicação efetuada não encontra sustentação no concurso promovido pela RAMEDM, S.A., concluindo-se que a mesma não foi precedida do(s) procedimento(s) que se impunham por lei, consubstanciado(s) num único concurso público, desencadeado por parte de um agrupamento de entidades adjudicantes (formado pelos sujeitos de direito que surgem identificadas no contrato como donos de obra), ou em dois concursos públicos distintos, lançados separadamente pela RAMEDM; S.A., e pela VIAMADEIRA, S.A./RAM), que abrangessem os troços inseridos nas respetivas concessões.

A omissão de um procedimento administrativo legalmente prescrito obriga a questionar a atuação da RAMEDM; S.A., isto por estar em causa uma ofensa grave às regras estabeleci-

¹⁴ Anote-se que a identidade da entidade adjudicante/dono da obra deve ser encarada como um dos elementos determinantes da formação da vontade de contratar dos eventuais interessados aos quais o procedimento adjudicatório se dirige.

das pela ordem jurídica, sendo a jurisprudência deste Tribunal unânime no sentido de considerar que o concurso público, quando obrigatório [conforme era o caso, face ao valor da(s) despesa(s) envolvidas], é elemento essencial do ato de adjudicação.

Neste quadro, enferma de nulidade a adjudicação *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 283.º, n.º 1, do CCP, e por isso 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** ao contrato da empreitada 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.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 10 de Novembro de 2011.

O JUIZ CONSELHEIRO



(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,

Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso
(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,



(Alberto Miguel Faria Pestana)

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



(José Albertó Varela Martins)

Processo n.º 39/2011 – RAMEDM - ESTRADAS DA MADEIRA, S.A.