



Transitou em julgado em 16/03/11

ACÓRDÃO Nº 9 /11 – 22.FEV-1ª S/SS

Processo nº 1835/2010

I. RELATÓRIO

O *Município do Seixal* remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada para a “Construção da EB1/JI de Santa Marta do Pinhal”, celebrado entre aquela entidade e a sociedade *Lena - Engenharia e Construções, S.A.*, pelo preço de € 2.090.000,00, acrescido de IVA.

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) Em **8 de Junho de 2010**, o Director de Departamento de Equipamentos Colectivos da Câmara Municipal do Seixal apresentou à Vereação uma proposta de abertura de procedimento para a construção da Escola EB1/JI de Santa Marta do Pinhal¹;
- b) Na mesma data, **8 de Junho de 2010**, o Vereador do Pelouro da Mobilidade, Equipamentos Municipais e Desporto apresentou à Câmara Municipal a proposta de aprovação das peças do procedimento, de realização de procedimento por ajuste directo com convite a 9 empresas e de aprovação do júri²;

¹ Cfr. fls. 9 dos autos.

² Cfr. fls. 6 e seguintes dos autos.



- c) Em **17 de Junho de 2010**, a Câmara Municipal do Seixal deliberou aprovar aquela proposta, determinando a abertura de um procedimento por ajuste directo para a construção da Escola EB1/JI de Santa Marta do Pinhal³;
- d) A escolha do referido procedimento foi fundamentada no disposto no n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril, tendo em atenção que os trabalhos se destinavam à modernização do parque escolar⁴;
- e) Em **1 de Julho de 2010**, no âmbito do referido procedimento por ajuste directo, foram dirigidos a 9 empresas convites à apresentação de propostas para a obra em causa⁵;
- f) No n.º 12.1.c) do convite à apresentação de propostas, estabeleceu-se que o adjudicatário deveria ser titular de:

“Certificado de construção emitido pelo INCI, Instituto da Construção e do Imobiliário I.P, de Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de Edifícios de Construção Tradicional ou 4.ª Subcategoria da 1.ª Categoria, 10.ª Subcategoria da 4.ª Categoria e 2.ª Subcategoria da 5.ª Categoria, em classe correspondente ao valor global da empreitada.”

- g) Foram apresentadas 4 propostas, uma das quais veio a ser excluída⁶;
- h) A adjudicação foi feita por deliberação da Câmara Municipal de **7 de Outubro de 2010**, à proposta de mais baixo preço⁷;
- i) Questionada sobre a possibilidade de adopção do procedimento por ajuste directo face ao estabelecido na Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, a autarquia informou o seguinte⁸:

“(…) o processo em apreço foi, de facto, instruído ao abrigo do DL 34/2009, de 6 de Fevereiro, alterado pelo DL 29/2010, de 1 de Abril, mas, em data anterior à publicação da Resolução n.º 52/2010, de 7 de Junho, uma vez que à data da sua conclusão a referida resolução ainda não tinha sido publicada, existindo, inclusive, um total desconhecimento da mesma.

Pese embora o procedimento em apreço tenha sido aberto como Ajuste Directo, foi promovida a concorrência ao serem convidadas 9 (nove) empresas, não tendo sido suscitada qualquer questão pelos concorrentes.

Atendendo a que todo o processo foi desenvolvido no pressuposto de estarmos abrangidos por um diploma que permitia o procedimento por

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Cfr. fls. 10 e seguintes dos autos.

⁶ Cfr. fls. 19 e seguintes dos autos.

⁷ Cfr. fls. 25 e seguintes dos autos.

⁸ Cfr. fls. 39 e seguintes dos autos.



Ajuste Directo para Modernização do Parque Escolar, e sendo esta uma obra de grande interesse para a população local, respondendo à Carta Educativa onde estão identificadas as necessidades da região, as questões de interesse público sobrepuseram-se à decisão de anulação do procedimento.”

III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Do procedimento de formação do contrato.

A primeira questão que importa resolver é a de saber se o contrato em apreciação podia ser adjudicado na sequência de um procedimento de ajuste directo.

1.1. Do regime excepcional de contratação pública aplicável à modernização do parque escolar

Como se apontou na alínea d) do ponto anterior, a autarquia invocou que, destinando-se a obra à modernização do parque escolar, o ajuste directo era possível ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 34/2009 estabeleceu medidas excepcionais de contratação pública aplicáveis, designadamente, aos procedimentos destinados à formação de contratos de empreitada de obras públicas necessários à modernização do parque escolar⁹.

Nos termos dos seus artigos 1.º, n.º 2, e 5.º, n.º 1, para a celebração desses contratos poderia ser adoptado um procedimento por ajuste directo quando os contratos fossem de valor inferior ao montante referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março¹⁰.

No entanto, o n.º 2 do artigo 11.º do mesmo diploma estabelecia que o procedimento por ajuste directo nele previsto apenas era aplicável aos

⁹ Essas medidas excepcionais eram aplicáveis também a outros tipos de contratos e a outras finalidades, como as energias renováveis, a eficiência energética e redes de transporte de energia.

¹⁰ Esse valor era, em 2009, de € 5.150.000,00, nos termos definidos no Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, publicado no JOUE, L 317/34, de 5 de Dezembro de 2007. A partir de 1 de Janeiro de 2010, o montante referido passou a ser de € 4.845.000,00, por força do 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.



Tribunal de Contas

procedimentos de formação de contratos públicos cuja decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2009.

O Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril, veio, entretanto, introduzir alterações ao diploma referido, consubstanciadas na prorrogação do regime excepcional criado pelo Decreto-Lei n.º 34/2009, embora apenas para contratos destinados à modernização do parque escolar.

Com esse objectivo, o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 29/2010 revogou o n.º 2 do artigo 11.º do referido Decreto-Lei n.º 34/2009 e o seu artigo 1.º deu uma nova redacção ao n.º 1 do mesmo artigo 11.º, estabelecendo-se que o regime excepcional previsto no Decreto-Lei n.º 34/2009 seria aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos cuja decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2010.

De acordo com estes diplomas, seria, pois, possível, até 31 de Dezembro de 2010, adoptar um ajuste directo para a adjudicação de contratos de empreitada destinados à modernização do parque escolar, desde que esses contratos fossem de valor inferior ao estabelecido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE.

Sucede que foi publicada no Diário da República de 7 de Junho de 2010 uma Resolução da Assembleia da República determinando a cessação da vigência do Decreto-Lei n.º 29/2010 e a repriminção das normas por ele expressamente revogadas.

Esta Resolução foi aprovada no âmbito das funções de fiscalização da Assembleia da República, reguladas nos artigos 162.º e 169.º da Constituição da República Portuguesa.

Nos termos destes artigos, a Assembleia da República pode apreciar os decretos-leis¹¹, por requerimento apresentado nos trinta dias subsequentes à sua publicação, para efeitos de cessação da sua vigência ou da introdução de alterações.

Como referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação ao artigo 169.º da Constituição¹², “(...)reconhecendo à AR a supremacia legislativa, a Constituição submete os DLs a um **processo de fiscalização parlamentar específico**, que pode conduzir à sua imediata cessação, sem que a AR tenha de recorrer ao seu próprio poder legislativo e ao processo próprio das Leis. Para serem válidos e eficazes, os DLs não carecem de confirmação parlamentar; mas ficam transitoriamente sob condição de não utilização por parte da AR do seu poder de alteração ou de cessação de vigência de decretos-leis.”. Estes autores referem que os decretos-leis ficam, até ao decurso do prazo para requerimento

¹¹ Excepto os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo.

¹² Vide J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2010.



dessa fiscalização ou até que se conclua o processo da mesma¹³, em *vigência condicionada*.

Caso a Assembleia da República aprove a cessação de vigência do decreto-lei, como sucedeu no caso vertente, “*o diploma deixará de vigorar desde o dia em que a resolução for publicada no Diário da República*”, conforme estabelece o n.º 4 do artigo 169.º da lei fundamental.

Embora a cessação de vigência seja praticamente equivalente à revogação do decreto-lei, existem diferenças relevantes, designadamente a forma adoptada, o facto de o diploma só deixar de vigorar a partir do momento em que se realiza a condição resolutiva e o princípio de que a cessação de vigência não tem efeitos repristinatórios. Ainda assim, o Regimento da Assembleia da República prevê que esses efeitos possam ser estabelecidos na resolução que determina a cessação da vigência, o que, no caso, se verificou.

A Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, que determinou a cessação da vigência do Decreto-Lei n.º 29/2010 e repristinou as normas por ele revogadas, foi, como já referimos, publicada no Diário da República de 7 de Junho de 2010, sendo, portanto, esse o dia a partir do qual o diploma em causa deixou de poder ser aplicado.

E, como acima referimos, o n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 34/2009, a partir desse dia repristinado, estabelecia que o procedimento de ajuste directo excepcionalmente permitido só era aplicável a procedimentos de formação de contratos públicos cuja decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2009.

1.2. Do procedimento de contratação pública aplicável ao caso

Conforme estabelece o artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos¹⁴, o procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

No caso, e tendo em atenção o montante da despesa em causa, a decisão de contratar era da competência da Câmara Municipal¹⁵.

Ora, como decorre do referido nas alíneas a) a c) e i) do ponto II deste Acórdão, a única deliberação da Câmara Municipal identificada como decisão de contratar foi proferida em **17 de Junho de 2010**, ou seja, em data posterior à publicação da Resolução n.º 52/2010.

¹³ Em certas condições, que não relevam para o caso, pode estabelecer-se a suspensão da vigência do decreto-lei, enquanto decorre o processo de fiscalização.

¹⁴ 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.

¹⁵ Cfr. artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.



Tribunal de Contas

Embora a autarquia refira que o processo foi “*instruído*” e “*concluído*” em data anterior à publicação dessa Resolução, a verdade é que não se identifica qualquer decisão de contratar proferida pela entidade competente antes de 7 de Junho de 2010.

O procedimento de formação do contrato em análise teve, pois, início numa data em que a vigência do Decreto-Lei n.º 29/2010 havia já cessado, não podendo, conseqüentemente, aplicar-se o regime jurídico por ele estabelecido.

Por outro lado, o disposto no artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 34/2009, não pode também ser invocado como permissivo do ajuste directo, uma vez que, nos termos do n.º 2 do artigo 11.º desse diploma, esse procedimento só era aplicável se a decisão de contratar tivesse sido tomada até 31 de Dezembro de 2009.

O que não sucedeu no caso.

À situação em análise aplica-se, pois, o regime geral constante do artigo 19.º do Código dos Contratos Públicos, de acordo com o qual um contrato, como o presente, no valor de **€ 2.090.000,00**, deve ser precedido da realização de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação.

O Município alega que “*(...) Atendendo a que todo o processo foi desenvolvido no pressuposto de estarmos abrangidos por um diploma que permitia o procedimento por Ajuste Directo para Modernização do Parque Escolar, e sendo esta uma obra de grande interesse para a população local, respondendo à Carta Educativa onde estão identificadas as necessidades da região, as questões de interesse público sobrepuseram-se à decisão de anulação do procedimento.*”¹⁶

Trata-se de uma alegação que não pode proceder.

Desde logo, porque nos termos do artigo 6.º do Código Civil, a aplicação das normas legais não se rege pelo conhecimento ou desconhecimento da sua existência ou conteúdo, sendo totalmente independente desse conhecimento subjectivo.

Por outro lado, as autarquias locais, enquanto órgãos de administração pública, estão vinculadas ao princípio da legalidade, tal como se estabelece nos artigos 266.º, n.º 2, da Constituição e nos artigos 2.º e 3.º do Código do Procedimento Administrativo.

Estas entidades devem actuar *em obediência à lei*, devendo, neste contexto, considerar-se que sempre que a lei define com precisão qual é o procedimento que numa determinada matéria a Administração deve observar, está essa lei a definir e densificar o interesse público que, nesse domínio, a Administração deve prosseguir.

Refira-se ainda que o respeito pelos princípios da igualdade e concorrência e seus corolários subjaz a qualquer actividade de contratação pública, por força de

¹⁶ Cfr. alínea i) do probatório.



imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão¹⁷.

Nessa medida, quaisquer desvios à regra de utilização de procedimentos concorrenciais devem ser considerados marcadamente excepcionais e só admissíveis nas condições estritas que a lei estabelece.

Não pode, pois, o Município afastar a lei que ao caso inequivocamente se aplicava, em nome de um interesse público que, precisamente, lhe impunha que a aplicasse.

2. Das habilitações técnicas exigidas

Nos termos do artigo 81.º do Código dos Contratos Públicos, no procedimento de formação de quaisquer contratos de empreitada de obras públicas o adjudicatário deve apresentar os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar.

Sobre as habilitações técnicas adequadas e exigíveis aos co-contratantes, o artigo 31º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 12/2004, de 9 de Janeiro, dispõe o seguinte:

“1 - Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.

2 - A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.”

Como se apontou na alínea f) da matéria de facto, exigiu-se no procedimento em análise que o adjudicatário fosse titular de alvará de Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de Edifícios de Construção Tradicional ou de alvarás da 4.^a Subcategoria da 1.^a Categoria, 10.^a Subcategoria da 4.^a Categoria e 2.^a Subcategoria da 5.^a Categoria, em classe correspondente ao valor global da empreitada.

¹⁷ Cfr. artigos 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, artigos 81.º, alínea f), 99.º, alínea a), e 266.º da Constituição, artigo 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos e artigo 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental.



Como facilmente se alcança, as exigências de habilitação técnica feitas foram superiores às estabelecidas na lei, uma vez que se exigiu a detenção de alvará para 3 subcategorias em classe correspondente ao valor global da obra, quando o n.º 1 do acima transcrito artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 determina que seja exigida uma *única* subcategoria nessa classe.

3. Da relevância das ilegalidades verificadas

Conforme decorre do exposto, na contratação em causa verificaram-se as seguintes ilegalidades:

- Contratação da obra sem precedência de concurso público ou limitado por prévia qualificação, em violação do disposto no artigo 19.º do Código dos Contratos Públicos, e dos princípios da igualdade, concorrência e transparência, resultantes dos Tratados europeus e da Constituição e lei portuguesas, nomeadamente do artigo 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos;
- Exigências de habilitação técnica superiores às estabelecidas no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004.

Como tem sido entendimento deste Tribunal, a ausência de concurso, quando obrigatório, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹⁸.

Para além disso, a realização de procedimentos concorrenciais protege ainda o interesse financeiro de escolha das propostas que melhor e mais económica e eficientemente se ajustam às necessidades públicas, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida e sendo instrumento da realização do disposto nos artigos 42.º, n.º 6, e 47.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental.

¹⁸ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.



A não observância de procedimentos que acautelem a concorrência implica, assim, também a violação das normas financeiras acabadas de referir.

Ocorre também, deste modo, o fundamento de recusa do visto previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

As ilegalidades verificadas implicam ainda a *susceptibilidade* de alteração do resultado financeiro do procedimento.

Isto é, se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, é possível que tivesse sido obtido um resultado diferente, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos.

Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC, quando aí se prevê, como fundamento para a recusa de visto, “*ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.*”

Sublinhe-se que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas¹⁹.

¹⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.



Tribunal de Contas

Lisboa, 22 de Fevereiro de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(António Santos Soares)

(João Figueiredo)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)