



DECISÃO N.º 11/2011 – SRTCA

Processos n.ºs 082/2011 e 084/2011

1. Foram presentes, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, os seguintes contratos de empreitada de obras públicas, celebrados pela Portos dos Açores, SA:

Proc.º n.º 082/2011 – *contrato de empreitada de prolongamento do cais a -7,00m (ZH) no porto das Lajes, na ilha dos Flores*, celebrado com a Somague Edifício – Engenharia, SA, em 26-09-2011, pelo preço de 1 644 685,06 euros, acrescido de IVA, e com o prazo de execução de 12 meses.

Proc.º n.º 084/2011 – *contrato de empreitada de construção de rampa para navios Ro-Ro e Ferry, e obras complementares, no porto de S. Roque do Pico*, celebrado com a ETERMAR, Empresa de Obras Terrestres e Marítimas, SA, CPTP, Companhia Portuguesa de Trabalhos Portuários e Construções, SA, OFM, Obras Públicas, Ferroviárias e Marítimas, SA, e Irmãos Cavaco, SA, em consórcio, em 19-09-2011, pelo preço de 3 298 957,53 euros, acrescido de IVA, e com o prazo de execução de 12 meses.

2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto à escolha do procedimento pré-contratual de ajuste direto.
3. Relevam os seguintes factos:

3.1. Proc.º n.º 082/2011 (*contrato de empreitada de prolongamento do cais a -7,00m (ZH) no porto das Lajes, na ilha dos Flores*):



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 11/2011 (*Processos n.ºs 082/2011 e 084/2011*)

- a) Em 15-03-2011, o Conselho de Administração da Administração dos Portos do Triângulo e do Grupo Ocidental, SA (doravante, APTO, SA)¹, deliberou adotar, como procedimento pré-contratual, o ajuste direto, com convite a nove entidades, tendo fixado o preço base de € 1 500 000,00 (Ata n.º 308);
- b) Todas as propostas foram excluídas por apresentarem um preço contratual que seria superior ao preço base;
- c) Em 29-06-2011, o Conselho de Administração da APTO, SA, deliberou alterar o preço base, fixando-o em € 1 650 000,00, e adotar novo ajuste direto, com convite a quatro entidades (Ata n.º 324);
- d) Na sequência dos convites endereçados, em 30-06-2011, foram apresentadas quatro propostas, tendo três sido excluídas por apresentarem um preço superior ao preço base;
- e) Em 09-08-2011, o Conselho de Administração da APTO, SA, deliberou adjudicar a empreitada à única empresa cuja proposta foi admitida (Ata n.º 331).

3.2. Proc.º n.º 084/2011 (*contrato de empreitada de construção de rampa para navios Ro-Ro e Ferry, e obras complementares, no porto de S. Roque do Pico*):

- a) Em 15-03-2011, o Conselho de Administração da APTO, SA, deliberou adotar o ajuste direto como procedimento pré-contratual tendente à adjudicação da empreitada, bem como convidar nove entidades a apresentar proposta (Ata n.º 308);
- b) Na sequência dos convites endereçados, em 14-04-2011, foram apresentadas cinco propostas, tendo quatro sido excluídas por apresentarem um preço superior ao preço base fixado no caderno de encargos (€ 3 300 000,00);
- c) Em 16-06-2011, o Conselho de Administração da APTO, SA, deliberou adjudicar a empreitada à única entidade cuja proposta foi admitida (Ata n.º 322).

3.3. No âmbito da verificação preliminar dos processos n.ºs 082/2011 e 084/2011, foi solicitado à Portos dos Açores, SA, que demonstrasse «a impossibilidade de serem proporcionadas iguais condições de acesso e de participação aos interessados em contra-

¹ Incorporada na Portos dos Açores, SA, nos termos do Decreto Legislativo Regional n.º 24/2011/A, de 22 de Agosto.



tar, mediante a realização de procedimento concorrencial *aberto*, conforme recomendação formulada nos processos de fiscalização prévia n.ºs 133/2010 e 2/2011 (...)»².

3.4. Na sua resposta, a Portos dos Açores, SA sustentou, desenvolvidamente, a decisão de adoção do ajuste direto, alegando, em síntese³:

- A Parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP) não é aplicável à formação dos presentes contratos. No entanto, decidiu adotar um dos procedimentos pré-contratuais previstos no CCP, determinando consultar várias entidades, convicta que, desse modo, não só conferiria maior transparência a todo o procedimento, como também cumpriria, em simultâneo, as recomendações contidas nas Decisões da SRATC n.ºs 1/2011 e 2/2011.
- Agindo desta forma, acreditando que dava cumprimento às recomendações de maior publicidade, a entidade adjudicante limitou-se a seguir o estipulado no CCP, nomeadamente nos artigos 11.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), subalínea *i*), e 33.º, dos quais resulta que no sector dos transportes a Parte II do CCP apenas é aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas cujo valor seja igual ou superior a € 4 845 000,00.
- Face às recomendações da SRATC e ao disposto no CCP, a entidade adjudicante ficou convicta de não existirem, para os contratos de valor inferior a € 4 845 000,00 as mesmas exigências de publicidade que existem para os contratos de valor igual ou superior ao limiar, nomeadamente a obrigação de procedimentos pré-contratuais totalmente abertos.
- As aludidas Decisões da SRATC respeitam a procedimentos em que só foi consultada uma entidade.
- Nas situações em apreço foi adotado um grau de publicidade adequado às circunstâncias da contratação a realizar, tendo sido proporcionado um ambiente concorrencial.

² Ofícios n.ºs 2015-UAT I, de 03-11-2011, e 2043-UAT I, de 09-11-2011.

³ Ofícios n.ºs 1133, de 29-11-2011, e 1124, de 28-11-2011, para os quais se remete.



- Depois de mencionar a Comunicação Interpretativa da Comissão 2006/C 179/02 e jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a matéria, o Presidente do Conselho de Administração da Portos dos Açores, conclui:

... a entidade adjudicante não procurou furtar-se ao cumprimento de qualquer um dos princípios fundamentais da contratação pública.

Em vez disso, adoptando... um procedimento onde se proporcionou um ambiente concorrencial, ao contrário do que se verificara nos casos das Decisões da SRATC n.º 1/2011 e 2/2011, a entidade adjudicante estava convicta de estar a corrigir a falha então apontada, limitando-se a seguir o que resulta expresso do CCP e das próprias Directivas Comunitárias, alicerçada nas razões expostas.

Não obstante a convicção na bondade dos argumentos que ficam desenvolvidos, a entidade adjudicante obviamente que se compromete a, no futuro, conferir maior publicidade em procedimentos tendentes à celebração de contratos semelhantes, ou a seguir outras instruções, caso a SRATC entenda recomendar nesse sentido.

- 3.5.** Na Decisão n.º 1/2011, de 26-01-2011, foi formulada a seguinte recomendação, reiterada na Decisão n.º 2/2011, da mesma data⁴:

No caso de contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das directivas relativas aos contratos públicos ou quando a lei confira um poder discricionário de escolha do procedimento pré-contratual devem, quando possível, ser proporcionadas iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, bem como garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, com respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência, de modo a salvaguardar a melhor proteção dos interesses financeiros públicos.

- 4.** Os contratos de empreitada em causa respeitam ao *sector dos transportes*. O preço contratual é inferior ao referido na alínea *b*) do artigo 16.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (artigo 11.º, n.º 1, alínea *b*), subalínea *i*), do CCP)⁵.

Não restam dúvidas de que, na formação dos contratos, não é aplicável a Parte II do CCP. À mesma conclusão se chegou nas Decisões n.ºs 1/2011 e 2/2011, de 26-01-2011, relativamente aos procedimentos então em apreciação.

⁴ Proferidas nos processos de fiscalização prévia n.ºs 133/2010 (*contrato de empreitada de reparação da cabeça do molhe do porto das Lajes das Flores*) e 2/2011 (*contrato de empreitada de construção de três rampas RO-RO no terminal de passageiros do porto da Horta*), respetivamente.

⁵ Atualmente, o valor situa-se em € 4 845 000,00, de acordo com a redação dada pela alínea *b*) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 1177/2009, da Comissão, de 30 de Novembro de 2009.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 11/2011 (*Processos n.ºs 082/2011 e 084/2011*)

No entanto, também se salientou, nas referidas Decisões, que, na sua atividade de contratação pública, a entidade adjudicante está sujeita à observância dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, previstos no n.º 4 do artigo 1.º do CCP⁶.

E acrescentou-se que, em matéria de escolha do procedimento pré-contratual os aludidos princípios têm a sua aplicação privilegiada precisamente em relação à contratação de valor inferior aos limiares para a aplicação das diretivas relativas aos contratos públicos. Isto porque, para valores superiores, prevalecem, em vez dos princípios, as regras que impõem procedimentos concorrenciais.

5. A entidade adjudicante alega que os procedimentos adotados envolveram a realização de consultas a um leque alargado de entidades, compatível com os referidos princípios da transparência, igualdade e concorrência.

Sucedem que o objetivo da recomendação formulada não era o de sujeitar a entidade adjudicante a um acréscimo de trabalho burocrático, incrementando o número de entidades consultadas no âmbito dos procedimentos de ajuste direto, sem qualquer resultado prático. O objetivo da recomendação é bem outro: trata-se de promover a obtenção de um leque alargado de propostas, expressas em ambiente concorrencial, para, de entre elas, a entidade adjudicante escolher a mais favorável.

A prática contratual da APTO, SA, e da Portos dos Açores, SA, que lhe sucedeu, tem seguido um padrão, relativamente aos contratos submetidos a fiscalização prévia, que se caracteriza como segue:

- Em empreitadas de valor abaixo do limiar fixado na alínea *b*) do artigo 16.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, o procedimento pré-contratual adotado é sempre o ajuste direto, com exclusão do concurso público, do concurso limitado ou do procedimento de negociação;
- É consultado um leque alargado de entidades, por vezes nove por procedimento;

⁶ Sobre os princípios aplicáveis à contratação pública, *cfr.* RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp.51 e ss. Sobre os princípios da contratação pública específicos dos procedimentos pré-contratuais, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª edição, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2009, p. 336-340.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 11/2011 (*Processos n.ºs 082/2011 e 084/2011*)

- O resultado, todavia, é invariavelmente o mesmo: é admitida uma única proposta com a qual a entidade adjudicante se conforma sem possibilidade de escolha;
- As restantes entidades convidadas ou não apresentam proposta ou chegam a apresentar mas com preço superior ao preço base;
- A entidade adjudicante fica, assim, a braços com um leque alargado de propostas, não para escolher a melhor, mas para as excluir por oferecerem um preço superior ao preço base.

Deu-se mesmo um caso em que todas as propostas foram excluídas por apresentarem um preço contratual que seria superior ao preço base⁷. E, perante esta situação anómala, a entidade adjudicante, em vez de socorrer-se de um procedimento que permitisse cativar outros potenciais interessados em contratar, opta por restringir o número de entidades convidadas... e aumentar o preço base.

São estas razões que levam à conclusão de que os procedimentos pré-contratuais utilizados não satisfazem os objetivos da recomendação formulada, que se traduzem na obtenção de várias propostas, mediante a atribuição de amplas e iguais condições de acesso e de participação nos procedimentos por parte dos interessados em contratar, com respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência.

A este propósito convém ter presente que a Portos dos Açores, SA, utiliza, nas obras em causa, o dinheiro dos contribuintes posto à sua disposição pelo Governo da Região Autónoma dos Açores. Daí que tenha o especial dever de justificar a sua aplicação, assegurando que, na atividade de contratação pública, obedece aos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência a que está vinculada nos termos do n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

6. Em conclusão:

- a) Para a realização das empreitadas em causa, a Portos dos Açores, SA, recorreu ao ajuste direto com consulta a várias entidades, mas em termos tais que só obteve

⁷ Proc.º n.º 082/2011. Uma situação com contornos parcialmente semelhantes já havia ocorrido no proc.º n.º 2/2011 (*contrato de empreitada de construção de três rampas RO-RO no terminal de passageiros do porto da Horta*) em que, primeiramente, foi deliberado consultar cinco operadores, mas, num segundo momento, a opção foi a de aumentar o preço base e consultar apenas um operador.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 11/2011 (*Processos n.ºs 082/2011 e 084/2011*)

- uma proposta em cada procedimento, de acordo, aliás, com o padrão que tem vindo a seguir na sua prática contratual;
- b) À formação dos contratos em causa não é aplicável a Parte II do CCP, mas a Portos dos Açores, SA, está sujeita à observância dos princípios da igualdade e da concorrência, previstos no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, que impõem que se proporcione iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar e que se garanta o mais amplo acesso aos procedimentos por parte desses mesmos interessados;
- c) Na fundamentação apresentada, a entidade não demonstrou a impossibilidade de recurso a procedimento concorrencial;
- d) A realização de procedimentos que não façam apelo à concorrência, sendo esta possível, é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, na medida em que não permitem acautelar a melhor proteção dos interesses financeiros públicos;
- e) Acresce que a Portos dos Açores, SA, utiliza, nas obras em causa, o dinheiro dos contribuintes posto à sua disposição pelo Governo da Região Autónoma dos Açores, devendo, por isso, justificar a sua aplicação, assegurando que, na atividade de contratação pública, obedece aos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência a que está vinculada nos termos do n.º 4 do artigo 1.º do CCP.
7. Nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento da recusa do visto a ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro.

Porém:

- a) A Portos dos Açores, SA, procurou acatar a recomendação formulada sobre a matéria, mediante a realização de procedimentos de ajuste direto com convites a diferentes entidades, tendo agora ficado claro que o acolhimento da recomendação não se basta com o mero acumular de formalidades sem resultados práticos, mas sim através da obtenção, em cada procedimento pré-contratual, de várias propostas apresentadas em ambiente verdadeiramente concorrencial;



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 11/2011 (*Processos n.ºs 082/2011 e 084/2011*)

- b) O Presidente do Conselho de Administração da Portos dos Açores, SA, comprometeu-se a, no futuro, conferir maior publicidade em procedimentos tendentes à celebração de contratos semelhantes;
- c) A lei admite que, no caso de ilegalidade que altere ou seja suscetível de alterar o resultado financeiro, o Tribunal possa conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades (n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97).
8. Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, conceder o visto aos contratos em referência, e reiterar novamente a recomendação formulada na Decisão n.º 1/2011, de 26-01-2011, e reiterada na Decisão n.º 2/2011, da mesma data, no sentido de que, em procedimentos futuros:
- Sempre que estejam em causa contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das diretivas relativas aos contratos públicos ou quando a lei confira um poder discricionário de escolha do procedimento pré-contratual devem, quando possível, ser proporcionadas iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, bem como garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados, com respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência, de modo a salvaguardar a melhor proteção dos interesses financeiros públicos.

Emolumentos: Processo n.º 082/2011 — € 1 644,69
Processo n.º 084/2011 — € 3 298,96

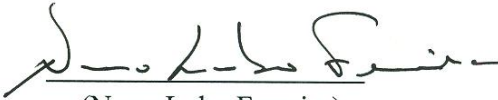
Notifique-se.



Tribunal de Contas
Secção Regional dos Açores

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 13 de Dezembro de 2011

O Juiz Conselheiro




(Nuno Lobo Ferreira)

O Assessor



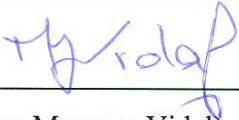
(Fernando Flor de Lima)

O Assessor



(Carlos Bedo)

Fui Presente
A Representante do Ministério Público



(Joana Marques Vidal)