



Tribunal de Contas

Transitou em julgado em
27/06/11

ACÓRDÃO Nº 37/11 - 17. MAI. 2011/1ª S/SS

Proc. nº413/2011

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção:

I – RELATÓRIO

A **Câmara Municipal de Vila Franca de Xira** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada celebrado em 3 de Março de 2011, com a empresa “**HCI – Construções, SA**”, pelo valor de 1.607.341,76 €, acrescido de IVA, tendo por objecto a “**Construção de um Polidesportivo com Bancadas e Trabalhos Complementares na EB Pedro Jacques Magalhães – Alverca do Ribatejo**”.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

- A) Por deliberação da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira de 29 de Dezembro de 2010, foi determinada a abertura de um procedimento por ajuste directo, com fundamento no artigo 5º e seguintes, do DL nº



Tribunal de Contas

34/2009 de 6 de Fevereiro, com vista à construção de um “Polidesportivo com Bancadas e Trabalhos Complementares na EB Pedro Jacques Magalhães em Alverca”;

- B) A deliberação referida na alínea A) refere, além do mais, que o investimento em causa se insere no âmbito do eixo prioritário relativo à “Modernização do Parque Escolar”, previsto na alínea a), do nº1, do artigo 1º, do DL nº 34/2009 de 6 de Fevereiro;
- C) A deliberação referida nas alíneas anteriores foi publicitada no *Diário da República*, 2ª série, de 10-01-2011 e no Portal da Internet dedicado aos contratos públicos;
- D) O preço base do procedimento foi de 1.610.000,00 €;
- E) Em 7 de Janeiro de 2011, e através da plataforma electrónica “www.bizgov.pt”, foi enviado convite a três empresas, para a apresentação de propostas;
- F) Foram apresentadas três propostas, tendo sido excluída uma por apresentar valor superior ao preço base;
- G) Nos termos do ponto 15 do convite, o critério de adjudicação era o do preço mais baixo;
- H) A adjudicação foi efectuada através de deliberação da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, de 9 de Fevereiro de 2011;
- I) A consignação ocorreu no dia 1 de Abril de 2011;



III - O DIREITO

1. Suscita-se, no presente processo, a questão de saber se o contrato, aqui em apreço, podia ser celebrado na sequência do procedimento de ajuste directo que foi adoptado.

2. Como se disse nas alíneas **A) e B)** do probatório, a Câmara Municipal de Vila Franca de Xira fundou-se no artigo 5º e seguintes do DL nº 34/2009 de 6 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pelo DL nº 29/2011, de 1 de Abril, para deliberar a escolha do procedimento por ajuste directo tendo em vista a construção de um Polidesportivo com bancadas complementares na EB Jacques Magalhães, em Alverca, inserindo-se tal investimento no eixo prioritário relativo à modernização do parque escolar.

Efectivamente, o DL nº34/2009 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 escolar.

Nos termos dos seus artigos 1º, nº 2, e 5º, nº 1, para a celebração desses contratos podia ser adoptado um procedimento por ajuste directo quando os contratos fossem de valor inferior ao montante referido na alínea c) do artigo 7º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.¹

Todavia, o nº 2 do artigo 11º, do mesmo diploma legal, na sua primitiva redacção, estabelecia que o procedimento por ajuste directo, nele previsto, era

¹Esse 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

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

3. O DL n.º 29/2010, de 1 de Abril, veio, entretanto, introduzir alterações ao referido DL n.º 34/2009, a mais relevante das quais incidiu sobre o mencionado artigo 11.º, deste diploma legal, daí resultando uma prorrogação do regime excepcional criado pelo mesmo DL n.º 34/2009.

Na verdade, de acordo com o artigo 11.º, n.º 1, do citado DL n.º 34/2009, na redacção dada pelo DL n.º 29/2010 de 1 de Abril, o regime excepcional previsto naquele DL n.º 34/2009 seria aplicável aos procedimentos de formação 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 e a decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2010.

4. Acontece, porém, que, na 1ª série do *Diário da República*, de 7 de Junho de 2010, foi publicada a Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, a qual determinou a *cessação da vigência* do DL n.º 29/2010 de 1 de Abril, bem como a *represtinação* das normas do DL n.º 34/2009, que aquele havia expressamente revogado.

A Resolução, atrás referida, foi proferida nos termos dos n.ºs 1 e 4 do artigo 169.º e do n.º 5, do artigo 166.º, ambos da Constituição da República Portuguesa (CRP) e no âmbito das funções de fiscalização da Assembleia da República, reguladas nos artigos 162.º, al. c) e 169.º, n.º 1, da mesma CRP.

Ora, de acordo com o disposto, conjugadamente, nestes últimos normativos constitucionais, a Assembleia da República pode apreciar os decretos-leis, ² para efeitos de cessação de vigência, ou de alteração, a

² Excepto os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo.



requerimento de dez deputados, apresentado nos trinta dias subsequentes à sua publicação.

Como referem J. J.GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, em anotação ao artigo 169.º da Constituição, ³ “(...)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.”.

Referem, ainda, estes autores que os decretos-leis ficam, até ao decurso do prazo para requerimento dessa fiscalização, ou até que se conclua o processo da mesma, ⁴ 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 nº 4, do artigo 169º da lei fundamental.

A Resolução da Assembleia da República nº 52/2010, que determinou a cessação da vigência do DL nº 29/2010 e ripristinou as normas por este revogadas, foi, como vimos, publicada na 1ª série do *Diário da República* de 7 de Junho de 2010.

Assim, e de acordo com o disposto no citado artigo 169º, nº4, da CRP, o DL nº 29/2010 de 1 de Abril deixou de vigorar, na ordem jurídica, desde 7 de Junho de 2010.

³ In “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, ed. Coimbra Editora, 2010.

⁴ 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.



Tribunal de Contas

Nesta conformidade, de acordo com o disposto no nº 2 do artigo 11º do DL nº 34/2009 de 6 de Fevereiro, - repristinado com efeitos a partir de 7 de Junho de 2010 - o procedimento de ajuste directo, excepcionalmente permitido para a realização de empreitadas de obras públicas necessárias para a modernização do parque escolar, só era aplicável a procedimentos de formação de contratos públicos cuja decisão de contratar fosse tomada até ao dia 7 de Junho de 2010

5. De acordo com o artigo 36º do Código dos Contratos Públicos (CCP), 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 presente, tendo em atenção o montante da despesa em causa (1.607.341,76 €), a decisão de contratar era da competência da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, nos termos do artigo 18º do DL nº 197/99 de 8 de Junho, normativo vigente à data da deliberação que determinou a abertura do procedimento referido na alínea **A)** do probatório.⁵

A deliberação da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira indicada na alínea **A)** do probatório, que corporiza a decisão de contratar, foi proferida em **29 de Dezembro de 2010**, ou seja, em data posterior à publicação da Resolução da Assembleia da República nº 52/2010.

O procedimento de formação do contrato *sub judice* teve, pois, início numa data em que a vigência do DL nº 29/2010 havia já cessado, motivo por que não podia aplicar-se o regime jurídico por este estabelecido.

Deste modo, o disposto no artigo 5º, nº 1, do DL nº 34/2009 de 6 de Fevereiro, não pode ser aqui invocado, como permissivo do ajuste directo, uma

⁵ O artigo 18º do DL nº 197/99 de 8 de Junho veio a ser revogado pelo artigo 14º do DL nº 40/2011 de 22 de Março.



vez que, nos termos do n.º 2, do artigo 11.º deste diploma, - repristinado, como vimos, pela Resolução n.º 52/2010 - esse procedimento só era aplicável se a decisão de contratar tivesse sido tomada até à publicação da Resolução da Assembleia da República supra referida, o que não sucedeu no caso vertente, como vimos.

No caso em apreço, é aplicável, pois, o regime constante do artigo 19.º, al. b), do CCP, de acordo com o qual um contrato, como o presente, no valor de **1.607.341,76 €**, acrescido de IVA, devia ter sido precedido da realização de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação.

Foi, assim, violado este dispositivo legal.

6. Vejamos, de seguida, as consequências legais da violação de lei supra referida.

De acordo com o que expendemos atrás, logo se verifica que não ocorreram os pressupostos legais necessários para que, no caso em apreço, se pudesse adoptar o procedimento por ajuste directo.

Efectivamente, como se disse, face ao valor do contrato, e atento o disposto no artigo 19.º, al. b) do CCP, era necessária, no caso vertente, a realização de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação.

Ora, não tendo sido realizado nenhum destes procedimentos, resulta desta norma legal que o contrato não podia ter sido celebrado.

A ausência do concurso, quando obrigatório, - como é o caso - implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva **nullidade**, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), como tem sido entendimento pacífico e reiterado deste Tribunal.



Tribunal de Contas

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

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do nº 3, do artigo 44º, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam, em subsecção, os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em recusar o visto ao contrato.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 17 de Maio de 2011.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(João Figueiredo)



Tribunal de Contas

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)