



ACÓRDÃO N.º 4 /17.FEV.2012 – 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 37/2011

(Processo n.º 93/2011-SRMTC)

DESCRITORES

1. Recurso de recusa de visto
2. Contrato de empreitada de obra pública
3. Ajuste direto
4. Modernização do parque escolar
5. Cessação de vigência de decreto-lei
6. Nulidade

SUMÁRIO

1. Ao abrigo do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, e do Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril, os contratos destinados à modernização do parque escolar puderam ser celebrados com recurso a ajuste direto, desde que a decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2010 e o seu valor fosse inferior aos limiares comunitários aplicáveis.
2. Todavia, a Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, aprovada em 12 de Maio de 2010, e publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 109, de 7 de Junho do mesmo ano, fez cessar a vigência do Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril, ripristinando as normas expressamente revogadas por este diploma, nos termos e com fundamento nos n.ºs 1 e 4 do art.º 169.º e no n.º 5 do art.º 166.º da Constituição da República Portuguesa. Com tal cessação de vigência, a partir da data de publicação de tal resolução, aqueles contratos destinados à modernização do parque escolar, com valor inferior aos limiares comunitários aplicáveis, só poderiam ter sido celebrados com recurso a ajuste direto, desde que a decisão de contratar tivesse sido tomada até 31 de Dezembro de 2009.
3. A adjudicação realizada com falta de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, quando exigidos por lei, enferma de nulidade, nos termos do disposto no art.º 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, a qual se transmite ao contrato posteriormente celebrado, 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 LOPTC.



Tribunal de Contas

Lisboa, 17 de fevereiro de 2012

O Juiz Conselheiro

(João Figueiredo)



ACÓRDÃO N.º 4 /17.FEV.2012 – 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 37/2011

(Processo n.º 93/2011-SRMTTC)

I – RELATÓRIO

1. O Governo Regional da Madeira, representado pela Secretaria Regional do Equipamento Social (doravante também designada por SRES), notificada da Decisão n.º 14/FP/2011, de 13 de outubro de 2011, da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, que recusou o visto ao contrato da empreitada de “*beneficiação e substituição de coberturas da escola básica do 1.º ciclo da Nogueira - Camacha*”, outorgado, em 24 de Junho de 2011, entre a Região Autónoma da Madeira e a empresa “*Olca Construções, Ld.ª*”, pelo preço de 789 706,38€ (s/IVA) dela veio interpor recurso¹.
2. A decisão recorrida procedeu à recusa de visto, com base na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC², explicitando, no essencial, os seguintes fundamentos:
 - a) O procedimento adotado para a seleção da entidade co-contratante foi o ajuste direto, com fundamento no disposto no art.º 1.º, n.º 2, em articulação com o art.º 5.º, n.º 1, do DL n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, alterado pelo DL n.º 29/2010, de 1 de Abril, autorizado por despacho conjunto dos Secretários Regionais do Equipamento Social e de Educação

¹ Refira-se que a decisão recorrida recusou igualmente o visto ao contrato da empreitada de “*trabalhos complementares e de infra-estruturas gerais da escola secundária e profissional de São Martinho*”, outorgado, em 21 de Junho de 2011, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social, e a empresa “*Arlindo Correia & Filhos, S.A.*”, pelo preço de 1 574 995,37€ (s/IVA), correspondente ao Proc.º de Visto n.º 92/2011. Contudo o presente recurso foi interposto exclusivamente da recusa de visto ao contrato indicado acima no n.º 1. Vide abaixo as conclusões da petição de recurso no n.º 3.

² Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: 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, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



- e Cultura, de 13 de Dezembro de 2010, e pelas Resoluções n.ºs 1544/2010, e 1547/2011, de 13 de Dezembro, do Conselho do Governo, respetivamente;
- b) Com base na invocação da urgência na concretização do plano de investimento público e de obtenção de resultados de curto prazo sobre o crescimento e o emprego, foi posteriormente decidida pelo legislador, na sequência da audição dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas, a prorrogação daquele regime excecional de contratação pública no tocante ao eixo prioritário de modernização do parque escolar, através da publicação do DL n.º 29/2010, de 1 de Abril, que alterou o DL n.º 34/2009, e que passou a consagrar, no n.º 1 do art.º 11.º, a sua aplicação aos procedimentos de formação de contratos públicos cuja decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2010, tendo revogado o n.º 2 desse mesmo art.º 11.º;
 - c) O DL n.º 29/2010, cujos efeitos foram reportados a 1 de Janeiro de 2010, alterou igualmente o n.º 2 do art.º 1.º do DL n.º 34/2009, tendo restringido a possibilidade de adoção do procedimento de ajuste direto aos casos de celebração de contratos destinados à modernização do parque escolar;
 - d) Todavia, a Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, aprovada em 12 de Maio de 2010, e publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 109, de 7 de Junho do mesmo ano, fez cessar a vigência do DL n.º 29/2010, de 1 de Abril, ripristinando as normas expressamente revogadas pelo citado diploma, nos termos e com fundamento nos n.ºs 1 e 4 do art.º 169.º e no n.º 5 do art.º 166.º da Constituição da República Portuguesa;
 - e) Significa isto que, com a revogação do DL n.º 29/2010 - que deixou de vigorar desde a data da publicação da citada Resolução - e subsequente ripristinação das normas do DL n.º 34/2009 por ele revogadas, o recurso ao ajuste direto previsto neste último diploma voltou a estar limitado aos procedimentos de formação de contratos públicos com decisão de contratar tomada até 31 de Dezembro de 2009;
 - f) Face à concreta data da decisão de contratar no caso em análise, o procedimento a adotar para a seleção da entidade co-contratante não podia ter sido o ajuste direto, ao abrigo do regime delineado pelo DL n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, alterado pelo DL n.º 29/2010, de 1 de Abril;
 - g) Por força do preconizado no n.º 2 do art.º 1.º do CCP³, o regime estabelecido na parte II do mesmo código, relativo à contratação pública,

³ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 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.



- é aplicável à formação dos contratos públicos em que se enquadram todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes elencadas no código, entre as quais se incluem as Regiões Autónomas, conforme ressalta da al. b) do n.º 1 do art.º 2.º, que, em harmonia com o disposto na al. a) do n.º 1 do art.º 3.º, adquirem igualmente a qualidade de contraentes públicos;
- h) Face ao disposto na al. a) do n.º 1 do art.º 6.º do CCP, as regras sobre a formação dos contratos constantes da parte II do código são aplicáveis aos contratos cujo objeto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, conforme é agora o caso;
 - i) Segundo a norma da al. a) daquele artigo, a escolha do ajuste direto por parte das entidades adjudicantes identificadas no n.º 1 do art.º 2.º do Código só permite a celebração de contratos de valor inferior ao aí indicado⁴, o qual, no caso da Região Autónoma da Madeira, é acrescido de um coeficiente de 1,35⁵, correspondendo a 202 500,00€;
 - j) Por sua vez, a al. b) do mesmo art.º 19.º estatui que a escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, exceto quando os respetivos anúncios não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia, caso em que só é permitida a celebração de contratos de valor inferior ao fixado na al. c) do art.º 7.º da *supra* mencionada Diretiva n.º 2004/18/CE, que ascende a 4 845 000,00€;
 - k) Tendo em conta que o valor do contrato em referência se cifrou em 789 706,38€ (s/IVA), excedendo, nessa medida o valor indicado na al. a) do art.º 19.º do Código, apurado em conformidade com a norma do n.º 1 do art.º 4.º do DLR n.º 34/2008/M, de 14 de Agosto, a adjudicação da respetiva empreitada não poderia ter sido precedida por ajuste direto fundamentado naquele segmento normativo, mas sim assentado num procedimento mais solene, como o concurso público (ou o concurso limitado por prévia qualificação, se se justificasse), que melhor salvaguardasse os princípios aplicáveis à contratação pública e consagrados no n.º 4 do art.º 1.º do Código, mormente os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência;
 - l) Neste quadro, enfermam de nulidade as adjudicações *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

⁴ Correspondente a 150 000,00€.

⁵ Por força do n.º 1 do art.º 4.º do DLR n.º 34/2008/M, de 14 de Agosto, que adaptou o CCP à Região, e que foi objecto da Rectificação n.º 60/2008, de 10 de Outubro, alterado pelo DLR n.º 45/2008/M, de 31 de Dezembro.



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 LOPTC.

3. A SRES, na sua petição, que aqui se dá como integralmente reproduzida, requer que se dê provimento ao recurso e se revogue a decisão recorrida, formulando as seguintes conclusões:

1ª) A recorrente celebrou um contrato de empreitada de obras públicas designado por “beneficiação e substituição de coberturas da escola básica do 1.º ciclo da Nogueira — Camacha”, através do procedimento de ajuste directo previsto no Decreto-lei n.º 34/2009 de 6 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-lei n.º 29/2010 de 1 de Abril.

2ª) Foi recusado o visto ao contrato, pois o procedimento adoptado não podia ter sido o ajuste directo ao abrigo do disposto nos diplomas supra referidos, pelo que foi considerada nula a adjudicação e, em consequência, o contrato;

3ª) Como ficou demonstrado, a recorrente ao adoptar o procedimento de ajuste directo através do regime excepcional do Decreto-lei n.º 34/2009, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-lei n.º 29/2010 de 1 de Abril, fê-lo com a convicção de que estava a agir em conformidade com a legislação em vigor, nunca o fazendo de má fé, nem de forma culposa, deliberada e consciente;

4ª) Todos os princípios basilares da actividade administrativa, em geral, e da contratação pública, em especial, foram devidamente respeitados e aplicados, nomeadamente os princípios da igualdade, da concorrência e da transparência.

5ª) Os efeitos da recusa de visto ao contrato desta obra em particular são demasiado nefastos para o interesse público, tanto a nível social como a nível económico-financeiro.

6ª) A nível social, porque o local da obra, o conhecido Bairro da Nogueira, na Camacha, é uma das zonas mais problemáticas, a nível social, da Região Autónoma da Madeira, e a reabilitação desta escola é muito importante para o crescimento e aprendizagem das crianças que ali estudam, sendo por isso uma obra prioritária.

7ª) Acresce que, aquando do início da obra, os alunos da escola tiveram que ser redistribuídos pelas escolas mais próximas, estando neste momento deslocados, situação que causa transtorno às crianças e às suas famílias.

8ª) A nível económico-financeiro, porque a obra tem sido assaltada e vandalizada várias vezes, necessitando por isso de uma execução rápida,



que não se coaduna com o abandono da obra para o lançamento de um novo procedimento.

9ª) Além de que o lançamento de um novo procedimento para a conclusão desta obra acarreta demasiados custos e demorará o tempo suficiente para se inutilizar e deteriorar tudo o que foi já executado, sendo que aumentaria consideravelmente o custo final da obra”.

4. O Ministério Público pronunciou-se pela improcedência do recurso, em bem fundamentado parecer.
5. Foram colhidos os vistos legais.

II – FUNDAMENTAÇÃO

6. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto elencada na decisão recorrida. Dá-se pois por assente tal matéria.

Estabelecida a matéria de facto, passe-se às questões de direito.

7. A única questão que se suscita na apreciação do presente recurso é a de saber se o contrato em causa poderia ter sido formado mediante ajuste direto ao abrigo do Decreto-Lei n.º 34/2009 de 6 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-lei n.º 29/2010 de 1 de Abril.
8. A questão é de uma linear simplicidade. Tão linear que o próprio recorrente sobre a matéria se limita a dizer que assim o fez por estar “[na] convicção de que estava a agir em conformidade com a legislação em vigor”, defendendo uma interpretação restritiva da Resolução da Assembleia da República que fez cessar a vigência da legislação invocada.

Como bem refere o Ministério Público, em tudo o mais a recorrente limita-se a “tecer considerações sobre a necessidade, a oportunidade e a urgência das obras, tituladas [pelo aludido contrato] de empreitada, não chegando a pôr em causa os fundamentos jurídicos da dita Decisão impugnada; sobre estes, limitou-se a referir que a Resolução da A.R. (...), deveria interpretar-se de forma restrictiva, como referindo-se, tão-somente, às obras da responsabilidade da Empresa Pública “Parque Escolar EPE” e, não já, relativamente a todas as demais obras escolares a cargo de todas as outras entidades públicas, designadamente da Administração Local e Regional”.



9. Como também diz o Ministério Público, a questão “*não é nova neste Tribunal e Secção, porquanto já foi objecto de algumas decisões, pelo menos em sede de Subsecção, em que a conclusão jurídica foi exactamente a mesma, ora sujeita ao presente recurso: a de que o “ajuste directo”, nas circunstâncias referidas, não poderia ser admitido, porque a tal se opunha a cessação de vigência do Dec-Lei nº 29/2010 de 01/04 após a intervenção da AR no uso das suas prerrogativas legais.*”

Estamos a referir-nos, concretamente, aos doutos Acórdãos nºs. 09/2011 de 22 de Fevereiro (Proc. nº 1835/2010); nº 37/2011 de 17 de Maio (Proc.º nº 413/2011); nº 47/2011 de 7 de Junho (Proc.º nº 555/2011) e nº 48/2011 de 7 de Junho (Proc.º nº 604/2011), todos transitados em julgado e todos relativos a situações exactamente iguais àquelas que são objecto do presente recurso; escusado será enfatizar, que todas as decisões foram no mesmo sentido da recusa dos “Vistos”, apenas porque as decisões de contratar (mediante “ajustes directos”), já não poderiam ter sido tomados nos momentos temporais em que o foram, justamente porque já havia sido publicada a Resolução da AR ripristinando todos os efeitos do Dec-Lei nº 34/2009 de 06/02 e, por conseguinte, tal procedimento pré-contratual já não tinha suporte legal”.

10. Muito sinteticamente atente-se no seguinte:

- a) O Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, consagrou a possibilidade de serem formados contratos de empreitadas de obras públicas, por ajuste direto, até aos limiares comunitários, destinados à “[m]odernização do **parque escolar**”, desde que a decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2009⁶;
- b) O Decreto-Lei nº 29/2010, de 1 de Abril, veio permitir que a “**celebração de contratos destinados à modernização do parque escolar**” pudesse continuar a ser feito, com recurso a ajustes directos, nos termos do referido Decreto-Lei n.º 34/2009, desde que a decisão de contratar fosse tomada até 31 de Dezembro de 2010;
- c) Contudo, a Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, de 12 de Maio de 2010, publicada em 7 de Junho do mesmo ano, fez cessar a vigência do Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril, ripristinando as normas expressamente revogadas por este diploma;
- d) A decisão de contratar, no caso *sub judicio*, foi tomada em Dezembro de 2010.

⁶ Ver alínea a) do nº1, nº 2 e nº 3 do artigo 1º, nº1 do artigo 5º, e nº 2 do artigo 11º



A decisão de contratar foi pois tomada muito tempo depois da cessação de vigência do diploma que permitia a formação de contrato por ajuste direto com aquela decisão tomada – segundo a versão que vigorou - até 31 de dezembro de 2010.

11. Relembre-se o que se disse no Acórdão nº 9 /11 – 22.FEV-1ª S/SS, deste Tribunal:

“Sucedee 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 reprivatização 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-leis⁷, 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 Constituição⁸, “(...)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 dessa fiscalização ou até que se conclua o processo da mesma⁹, 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.

⁷ Excepto os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo.

⁸ Vide J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2010.

⁹ 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.



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 ripristinatórios. 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 ripristinou 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 ripristinado, 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”.

12. Defende o recorrente uma interpretação restritiva da Resolução da Assembleia da República que aponta no sentido da cessação de vigência do Decreto-Lei n.º 29/2010 só abranger a celebração de contratos que se insiram no âmbito da prossecução do objeto da Parque Escolar, E.P.E.

Tal interpretação não colhe, pois tanto o Decreto-Lei n.º 34/2009, como o Decreto-Lei n.º 29/2010 são claros ao utilizarem a expressão **“modernização do parque escolar”**.

O facto de a Resolução, no seu texto, se referir à Parque Escolar, E.P.E. tem uma simples razão explicativa: acontece que o texto da Resolução limita-se a recuperar, entre parêntesis, o sumário de publicação do Decreto-Lei n.º 29/2010 no Diário da República, onde se dizia: *“Prorroga até 31 de Dezembro de 2010 a aplicação das medidas excepcionais de contratação pública, permitindo a adopção do procedimento de ajuste directo para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas (...), no âmbito da prossecução do objecto da Parque Escolar, E. P. E., alterando o Decreto--Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro”*. Tal sumário ia na linha de parte (mas só de parte!) do preâmbulo deste diploma. Ora, tais elementos são meramente auxiliares da interpretação e esta tinha de ter em conta que o articulado do diploma legal em nada estabelecia tal restrição.



Tribunal de Contas

Acrescente-se ainda que tratando-se, neste caso, de um contrato celebrado por uma Região Autónoma, deveria ter-se atendido particularmente ao facto de os seus órgãos de Governo próprio terem sido ouvidos no processo de aprovação daquele diploma legal, pelo que a restrição de aplicação da Resolução aos contratos da Parque Expo deveria fundar-se em interpretação incontestável.

13. Em conclusão: o contrato em causa não poderia ter sido celebrado mediante ajuste direto. Face ao seu objeto e ao seu valor, a sua formação deveria ter ocorrido mediante concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

A ausência de tais procedimentos gera os vícios já afirmados na decisão recorrida, com as consequências legalmente previstas no âmbito da fiscalização prévia, também claramente expressas na decisão recorrida.

14. Subscrive-se pois integralmente a Decisão tomada pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, que se mantém, e da qual se recorreu.

III – DECISÃO

15. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em confirmar a decisão recorrida, julgar improcedente o recurso e manter a recusa de visto ao contrato, ao abrigo do disposto na alínea a) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC.
16. São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do nº1 e do nº 2 do artigo 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas¹⁰.

Lisboa, 17 de Fevereiro de 2012

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

¹⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril.



Tribunal de Contas

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

(Manuel Mota Botelho)

O Procurador-Geral Adjunto,

(José Vicente)