



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Não transitado em julgado

DECISÃO N.º 3/FP/2012

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 31 de janeiro de 2012, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas Festas de Natal e Fim do Ano de 2011 e nas Festas de Carnaval de 2012 na Região Autónoma da Madeira (RAM), celebrado, em 18 de novembro de 2011, entre a Região, através da Secretaria Regional da Cultura, Turismo e Transportes, e a Luzosfera - Construções, Ld.^a, pelo preço de 1 975 414,44€ (s/IVA).

I - OS FACTOS

Da análise que incidiu sobre o processo *sub judice* resulta apurada a seguinte matéria de facto com interesse para a decisão a proferir:

- a) Através da Resolução n.º 1031/2011, tomada em reunião de 14 de julho, o Conselho do Governo Regional autorizou a abertura de um concurso público de âmbito internacional, regulado pelo Código dos Contratos Públicos (CCP), tendente à adjudicação da prestação de serviços consubstanciados na *“criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas Festas de Natal e Passagem dos Anos 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014, nas Festas de Carnaval dos anos 2012/2013/2014 e nas festas do Vinho dos anos 2012/2013/2014, na Região Autónoma da Madeira”*, tendo aprovado igualmente as peças do procedimento, conduzido pela Secretaria Regional do Turismo e Transportes (SRTT) (artigo 1, n.º 1, do caderno de encargos) (pág. 1072 do Proc.º).
- b) O preço base do concurso, que contemplou os 3 anos de vigência do contrato, foi fixado em 8 626 500,00€ (s/IVA), correspondendo a um valor anual de 2 875 500,00€ (s/IVA) (artigo 4.º do caderno de encargos) (pág. 1106 do Proc.º).
- c) Em conformidade com os artigos 3.º e 4.º do caderno de encargos, a prestação dos serviços deveria ocorrer nas datas e locais assinalados em anexo àquela peça, sendo especificamente estabelecido nos Anexos I e III que as iluminações decorativas deveriam, obrigatoriamente, apresentar em cada um dos 3 anos de duração do contrato, motivos decorativos novos em diversos dos locais a adornar (págs. 1105 e 1106 do Proc.º).
- d) Segundo o artigo 8.º do programa do procedimento, não era admitida a apresentação de propostas variantes (pág. 1082 do Proc.º).
- e) Para efeitos de adjudicação foi adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa (artigo 5.º do programa do procedimento) (1080 do Proc.º).
- f) Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea d), do programa do procedimento, a realização da prestação destes serviços dependia da posse de alvará de construção emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (INCI, I.P.), com autorização na 1.ª subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 4.ª categoria (Instalações elétricas

e mecânicas), na classe 5, o qual foi aí identificado como um dos documentos de habilitação de entrega obrigatória pelo adjudicatário (pág. 1082 do Proc.º).

- g) De acordo com a Portaria n.º 57/2011, de 28 de agosto, em 2011, a classe 5 das habilitações contidas no alvará de construção correspondia ao valor de 2 656 000,00€, o qual, acrescido da majoração (do valor das classes dos alvarás) de 40% daquele valor aplicável na RAM, prevista no DLR n.º 21/85/M, de 19 de outubro, ascendia a 3 718 400,00€.
- h) No decurso do prazo de entrega das propostas, dois interessados no procedimento, a saber, as empresas Iluminações Teixeira Couto, Unipessoal, Ld.^a, e Luzosfera - Construções, Ld.^a, suscitaram dúvidas acerca da classe exigida ao nível do alvará de construção, ao abrigo do n.º 1 do artigo 50.º do CCP (págs. 1189 e 1176 do Proc.º).
- i) Em resposta, o júri do procedimento esclareceu que o objeto do concurso consubstanciava uma prestação de serviços (e não um empreitada de obras públicas), na qual estava incluída uma componente elétrica cuja execução exigia a detenção de habilitação específicas, acrescentando que *“a classe do alvará teve em conta os contratos de prestação de serviços anteriormente celebrados”* pela Secretaria Regional do Turismo e Transportes, afastando, assim, expressamente, a possibilidade de a aferição da classe da autorização necessária à execução da prestação dos serviços poder ser determinada em função do valor das propostas a apresentar, e, conseqüentemente, a admissão da posse de um alvará de classe inferior à indicada (págs. 1181 a 1186 e 1190 a 1193 do Proc.º).
- j) Ao concurso apresentaram-se as seguintes entidades, todas elas detentoras de alvará de construção nos termos exigidos (pág. 1207 do Proc.º):
- Iluminações Teixeira Couto, Unipessoal, Ld.^a/AMG – Instalações Elétricas, S.A.: 7 885 104,00€ (s/IVA);
 - Luzosfera – Construções, Ld.^a: 4 313 251,50€ (s/IVA);
 - Som ao Vivo, Ld.^a/Indutora – Instaladora Elétrica Madeirense, S.A.: 6 600 360,05€ (s/IVA);
 - Castros Iluminações Festivas, S.A.: 6 011 976,00€ (s/IVA).
- k) Na lista de preços unitários que fez constar da sua proposta, o concorrente Luzosfera - Construções, Ld.^a, atribuiu os seguintes valores parcelares aos serviços a prestar (pág. 1206-A do Proc.º):

Evento	Ano 2011/2012	Ano 2011/2012	Ano 2011/2012
Festas de Natal e Fim do Ano	1 306 196,35€	1 306 196,35€	1 306 196,35€
Festas de Carnaval	102 799,15€	102 799,15€	102 799,15€
Festas do Vinho Madeira	28 755,00€	28 755,00€	28 755,00€
Valor anual	1 437 750,50€	1 437 750,50€	1 437 750,50€
Valor total	4 313 251,50€		

- l) No relatório preliminar, datado de 26 de setembro de 2011, o júri do concurso propôs a exclusão das propostas daqueles quatro concorrentes, reafirmando essa mesma intenção no relatório final, elaborado no dia 4 do mês subsequente, onde refutou e rejeitou as observações formuladas pelos concorrentes que se pronunciaram em sede de audiência contra a exclusão das respetivas propostas (págs. 1207 a 1215 do Proc.º).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- m) Acolhendo o teor e os fundamentos constantes do relatório final do júri, o Conselho do Governo Regional deliberou, a coberto da Resolução n.º 1460/2011, de 6 de outubro, não adjudicar a prestação de serviços lançada a concurso, nos termos consignados na alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, e revogou a decisão de contratar, ao abrigo do artigo 80.º do mesmo Código (págs. 1321 a 1328 do Proc.º).
- n) Ainda ao abrigo da citada Resolução, e em virtude de o concurso público ter ficado deserto (*lato sensu*), o executivo regional manditou “a *Secretária Regional do Turismo e Transportes para, em representação da Região (...), praticar os actos necessários em procedimentos subsequentes para a aquisição dos serviços*” em causa (pág. 11 do Proc.º).
- o) Nesta sequência, face à invocada “*manutenção dos pressupostos da aquisição subjacentes à anterior decisão de contratar*”, às “*limitações logísticas e temporais*” existentes e aos motivos de interesse público envolvidos, a titular daquela pasta autorizou, por despacho de 17 de outubro de 2011, a abertura de um novo procedimento adjudicatório, desta feita, o ajuste direto, com fundamento no artigo 24.º, n.º 1, alínea b), do CCP, destinado a garantir a contratação da prestação dos serviços de “*criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas*”, restringida, no entanto, às Festas de Natal e Fim do Ano 2011/2012 e às Festas de Carnaval de 2012 (artigos 1, n.º 1, e 3.º do caderno de encargos) (págs. 13 a 17 do Proc.º).
- p) Em consonância com a redução do objeto definido para o procedimento adjudicatório inicial, o preço base do ajuste direto foi ajustado e fixado em 2 068 000,00€ (s/IVA) (artigo 4.º do caderno de encargos) (pág. 49 do Proc.º).
- q) Foram convidados a apresentar proposta todos os concorrentes excluídos no âmbito do concurso público previamente desencadeado (pág. 18 do Proc.º).
- r) Entre os documentos de habilitação de apresentação obrigatória pelo adjudicatário foi indicado o alvará de construção emitido pelo INCI, I.P., com autorização na 1.ª subcategoria da 4 categoria, mas, desta vez, “*da classe adequada à realização dos trabalhos*” [cfr. o artigo 9.º, n.º 1, alínea d), do Anexo A - Termos e condições ao convite dirigido aos concorrentes] (pág. 24 do Proc.º).
- s) O critério de adjudicação das propostas voltou a ser o da proposta economicamente mais vantajosa, apurada através da aplicação da metodologia de avaliação idêntica à definida no âmbito do concurso público inicial (cfr. o artigo 5.º do Anexo A - Termos e Condições àquele convite) (pág. 22 do Proc.º).
- t) De igual maneira, voltou a não ser admitida a elaboração de propostas variantes (artigo 8.º do Anexo A - Termos e condições do procedimento) (pág. 1802 do Proc.º).
- u) Ao ajuste direto apresentaram propostas os seguintes concorrentes (965 a 971 do Proc.º):
- Som ao Vivo, Ld.ª/Indutora – Instaladora Eléctrica Madeirense, S.A.: 2 067 997,60€ (s/IVA).
 - Luzosfera – Construções, Ld.ª: 1 975 414,44€ (s/IVA).

- v) Os valores parcelares que o concorrente Luzosfera - Construções, Ld.^a, inscreveu na lista de preços unitários instrutória da respetiva proposta, no âmbito deste segundo procedimento, foram os seguintes (págs. 144 a 156 do Proc.^o):

Evento	Valor
Festa de Natal e Fim do Ano de 2011/2012	1 765 031,94€
Festas de Carnaval de 2012	210 382,50€
Total	1 975 414,44€

- w) Admitidas ambas as propostas e realizada a sua avaliação, classificação e ordenação final, à luz do critério de adjudicação adotado, o júri do procedimento propôs a adjudicação da prestação de serviços ao concorrente Luzosfera – Construções, Ld.^a, por ser o primeiro classificado (pág. 972 a 977 do Proc.^o).
- x) A outorga do correspondente contrato de prestação de serviços consubstanciados na “criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas Festas de Natal e Fim do Ano de 2011/2012 e nas Festas de Carnaval de 2012 na Região Autónoma da Madeira”, ora em análise, ocorreu em 18 de novembro de 2011 (pág. 1043 a 1047 do Proc.^o).
- y) Em sede de verificação preliminar do processo, diligenciou-se junto da Secretaria Regional da Cultura Turismo e Transportes (SRT) ¹, através do ofício ref.^a UAT I/593, de 30 de novembro de 2011, no sentido de que, entre outros aspetos, justificasse, *in casu*, a escolha da entidade adjudicante por ajuste direto, ao abrigo da norma do artigo 24.^o, n.º 1, alínea b), do CCP, tendo em conta, designadamente, que as peças elaboradas no domínio deste procedimento acolheram alterações substanciais ao caderno de encargos patenteado no âmbito do concurso público inicialmente aberto (v.g., o preço base, o objeto e a vigência do contrato) (pág. 1049 a 1050 do Proc.^o).
- z) Pronunciando-se a este propósito, a coberto do seu ofício ref.^a S. 11/4.3.2, de 3 de Janeiro de 2012, a SRT alegou o seguinte (1050 a 1053 do Proc.^o):

«Relativamente à questão suscitada (...), foi entendimento destes serviços adoptar o regime do Ajuste Directo, ao abrigo da alínea b) do artigo 24.^o do CCP, uma vez que entendeu estarem reunidos os requisitos previstos naquele regime.

Com efeito, prevê o referido artigo que é passível de se adoptar este regime quando «Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou dialogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o Caderno de Encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento».

Diz ainda o Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado por Jorge Andrade da Silva que «este tipo de procedimentos poderá ser utilizado em situações em que os procedimentos tenham ficado desertos, sem concorrentes, quer isso tenha sucedido porque, de facto não participaram no Procedimento Concursal, quer porque, havendo concorrentes, as propostas que apresentaram não puderam, legalmente, ser admitidas para efeitos de uma eventual adjudicação, tudo se passando, na prática, como não existindo

¹ A Secretaria Regional do Turismo e Transportes assumiu a designação de Secretaria Regional da Cultura Turismo e Transportes na sequência da aprovação da nova orgânica do Governo Regional, através do DLR n.º 8/2011/M, de 14 de novembro.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

propostas e, portanto, assim se frustrando a finalidade do procedimento concorrencial. O requisito da manutenção do Caderno de Encargos e dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, é essencial. Isto porque é nessa peça do procedimento que estão contidas as cláusulas técnicas e jurídicas do contrato a celebrar, pelo que só se poderá dizer que estamos perante uma adjudicação do mesmo contrato se essa peça não sofrer alteração substancial, como tal se devendo entender as cláusulas que constituem os parâmetros base do Caderno de Encargos, isto é, os parâmetros que criam obrigações técnicas, financeiras ou jurídicas essenciais à execução do contrato.

Resulta claro, do disposto no n.º 8 que, estará fora de hipótese considerar que o advérbio substancialmente foi aplicado para exprimir um conceito quantitativo da alteração, caso em que seria de todo arbitrária e inaceitável a fixação de um limite. Trata-se antes de impor um limite qualitativo à alteração: se o Caderno de Encargos é alterado no que tem de substancial, trata-se de um novo contrato a celebrar e, conseqüentemente, com a respectiva adjudicação submetida às regras gerais de escolha de procedimento. Portanto, a disposição legal não impede que sejam introduzidas alterações demasiado importantes, isto é, as que alterem o conteúdo obrigacional que resulta do Caderno de Encargos que foi patenteado»².

Ora no caso em análise, no seguimento da abertura de Concurso público para a criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas festas de Natal e do Fim do ano 2011/2012, 2012/2013 E 2013/2014, nas Festas de Carnaval 2012/2013/2014 e nas Festas do Vinho da Madeira 2012/2013/2014, na Região Autónoma da Madeira, autorizado pela resolução n.º 1031/2011 do Conselho do Governo de 14 de Julho, foi, após a legítima exclusão de todas as propostas apresentadas no âmbito do mesmo, proferida decisão de não adjudicação por meio da resolução n.º 1460/2011 do Conselho do Governo Regional de 6 de Outubro de 2011.

Com vista a colmatar as necessidades de prossecução de interesse público que se colocavam, sendo certo que se mantinham os pressupostos da aquisição subjacentes à anterior decisão de contratar e que, era necessário garantir a contratação dos serviços para a criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas das Festas de Natal e de Fim do Ano, Carnaval e Vinho da Madeira que, integram como se sabe, um dos maiores cartazes turísticos da Região Autónoma da Madeira, inseridos nos diversos eventos no Calendário Anual de Animação Turística, seria realizada atempadamente e cumprindo com as habituais garantias de rigor e segurança, optou-se por utilizar o procedimento de ajuste directo.

Ora, o concurso inicialmente lançado ao mercado, tinha como objecto a criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas Festas de Natal e Passagem do Ano de 2011, nas Festas de Carnaval do ano 2012 e nas Festas do Vinho do ano 2012, na Região Autónoma da Madeira, e a sua repetição nos anos de 2012/2013 e 2014, respectivamente.

² Importa assinalar que a transcrição deste parágrafo da obra invocada não se encontra completa, sendo a seguinte a redação integral dada àquele excerto, cuja parte omissa aqui se destaca a negrito: "Resulta claro, do disposto no n.º 8 que, estará fora de hipótese considerar que o advérbio substancialmente foi aplicado para exprimir um conceito quantitativo da alteração, caso em que seria de todo arbitrária e inaceitável a fixação de um limite. Trata-se antes de impor um limite qualitativo à alteração: se o Caderno de Encargos é alterado no que tem de substancial, trata-se de um novo contrato a celebrar e, conseqüentemente, com a respectiva adjudicação submetida às regras gerais de escolha de procedimento. Portanto, a disposição legal não impede que sejam introduzidas alterações **no caderno de encargos, o que a disposição legal proíbe são as alterações** demasiado importantes, isto é, as que alterem o conteúdo obrigacional que resulta do Caderno de Encargos que foi patenteado".

Sem embargo, e porque a intenção inicial e que não saiu lograda, sempre foi submeter o contrato da iluminação a concurso público, este organismo optou por realizar um procedimento ao abrigo de ajuste directo de forma a poder cumprir o maior evento do calendário turístico da Região Autónoma da Madeira bem como salvaguardar o carnaval de 2012 e, no início do ano de 2012, lançar então novo Procedimento Concursal para as demais iluminações.

Aliás, não faria qualquer sentido abrir um procedimento por Ajuste Directo cujo objecto teria como corolário um contrato com a duração de 3 anos, a natureza deste tipo de procedimento é por si só castrante no que se refere à projecção do princípio da concorrência, onde os interessados são convidados directamente a apresentar propostas, ao contrário do concurso público onde todos podem concorrer, garantindo aqui sim uma projecção ampla de concorrência entre os interessados.

Deste modo, e para atingir tal desígnio, impôs-se a natural redução do objecto do contrato que, apenas passou a abranger as festas de Natal e de Fim do ano 2011/2012 e Carnaval 2012, em relação ao concurso anteriormente aberto, excluindo-se as suas repetições nos anos 2012/2013 e 2014 bem como, a Festa do Vinho. Saliente-se que, as consequências desta diminuição do objecto do contrato não são suficientes para impedir ou beneficiar qualquer das propostas anteriormente apresentadas. Poderá ainda se dizer que as condições em que foi lançado o concurso público não adjudicado similares a anos anteriores, sendo certo que as peças que constituíram o Ajuste Directo mantiveram essas mesmas condições, não havendo aqui nenhuma manobra que vise lesar os interessados convidados.

Assim, as peças procedimentais colocadas à concorrência no âmbito do ajuste directo foram as mesmas, com uma alteração não significativa no cômputo global que foram as iluminações referentes à Festa do Vinho, pelo que o contrato é indubitavelmente o mesmo, aliás não alterando de todo os requisitos necessários a que todos os concorrentes pudessem apresentar as suas propostas (...)

II - O DIREITO

Dos factos tidos por assentes nos presentes autos sobressaem duas questões de legalidade que se refletem no ato de adjudicação da prestação de serviços em causa e, consequentemente, no contrato que agora se analisa.

- I. A primeira dessas questões prende-se com o facto de, no âmbito do concurso público que antecedeu o recurso ao procedimento adjudicatório por ajuste direto, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, ter sido exigida aos concorrentes, como requisito de habilitação profissional, a posse de alvará de construção emitido pelo INCI, I.P. (INCI), com autorização na 1.ª subcategoria da 4.ª categoria, **na classe 5**.

Para aferir da conformidade normativa desta exigência, cumpre começar por atentar no artigo 81.º do CCP, o qual preceitua, em matéria de documentos de habilitação, que:

- Quando esteja em causa “*um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, para além dos documentos*” de habilitação exigidos nos procedimentos de formação de quaisquer contratos, identificados no n.º 1 do artigo, “*o adjudicatário deve apresentar também os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as autorizações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar ou, no caso de o contrato dizer respeito a um lote funcionalmente não autónomo, as habilitações adequadas e*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

necessárias à execução dos trabalhos inerentes à totalidade dos lotes que constituem a obra” (n.º 2);

- *Tratando-se “de um procedimento de formação de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços, o adjudicatário” está obrigado a apresentar complementarmente o “respectivo certificado de inscrição em lista oficial de fornecedores de bens móveis ou de prestação de serviços (...) que revele a titularidade das habilitações adequadas e necessárias à execução das prestações objeto do contrato a celebrar” (n.º 4);*
- *“Independentemente do objeto do contrato a celebrar, o adjudicatário deve ainda apresentar os documentos de habilitação que o programa do procedimento exija, nomeadamente, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de aquisição de serviços, quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a prestação dos serviços causa” (n.º 6).*

Da concatenação destas normas resulta, assim, evidente que, no âmbito de um procedimento de formação de contratos públicos, a entidade adjudicante pode definir requisitos de habilitação (profissional, técnica, etc.) para lá dos que sejam específicos do objeto do contrato a formalizar, no pressuposto de que os mesmos se mostrem indispensáveis e adequados à boa execução dos trabalhos ou das prestações a efetuar, designadamente, por serem legalmente impostos.

Por conseguinte, e tal como ressalta dos esclarecimentos prestados pelo júri do procedimento em observância do n.º 2 do artigo 50.º do CCP, a decisão da SRTT de fazer depender o acesso ao concurso público (lançado com vista à adjudicação de uma prestação de serviços) da posse de alvará de construção emitido pelo INCI, I.P. (tido como um requisito de habilitação específico dos procedimentos de formação de contratos de empreitada e de concessão de obras públicas), encontra-se devidamente justificada e fundamentada, uma vez que aquela prestação de serviços incluía uma componente elétrica cuja execução tornava necessária a detenção daquela habilitação profissional.

Porém, já o mesmo não acontece em relação à exigência de que a autorização para a execução daqueles trabalhos, enquadráveis na 1.ª subcategoria da 4.ª categoria, a constar do título profissional solicitado, devesse corresponder à **classe 5**^{3 4}, isto se atendermos a que:

- Nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, o legislador basta-se com a exigência da posse de **“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 exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes”**, dispensando este requisito quando existe **“habilitação de empreiteiro geral ou de construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global”** (destaque nosso), conforme se alcança dos n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º do DL n.º 12/2004, de 9 de janeiro^{5 6}, republicado pelo DL n.º 69/2011, de 15 de junho.

³ Conforme foi anteriormente mencionado, em 2011, a classe 5 das habilitações contidas no alvará de construção correspondia ao valor de 2 656 000,00€, o qual, acrescido da majoração (do valor das classes dos alvarás) de 40% daquele valor aplicável na RAM, prevista no DLR n.º 21/85/M, de 19 de outubro, ascendia a 3 718 400,00€. Já o valor da classe 4, acrescido da majoração aplicável, perfaz 1 859 200,00€.

⁴ A qual, segundo o mesmo júri, foi apurada a partir do valor dos contratos de idêntico objeto anteriormente celebrados pela SRTT.

⁵ Este diploma aprovou o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção.

Com efeito, não se vislumbram razões de ordem legal ou factual para, num procedimento de formação de um contrato de aquisição de serviços que envolve a realização de trabalhos para cuja execução se considera essencial a posse de alvará de construção, se associar a autorização na categoria e subcategoria constante desse documento habilitacional a uma classe específica, fixada unicamente com base no preço dos contratos de objeto e âmbito semelhantes celebrados em anos anteriores pela SRTT, isto quando tal grau de exigência não se aplica ao nível dos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas.

- O concurso público inicialmente promovido pela SRTT foi direcionado à aquisição dos serviços consubstanciados na *“criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas Festas de Natal e Passagem dos Anos 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014, nas Festas de Carnaval dos anos 2012/2013/2014 e nas festas do Vinho dos anos 2012/2013/2014, na Região Autónoma da Madeira”*, o que significa que as prestações a realizar foram repartidas por três eventos distintos, com calendarizações diferentes e a repetir ao longo de três anos consecutivos.

Decorre do exposto que, embora tivesse sido fixado um preço base para o procedimento, a descrição do seu objeto não oferece dúvidas quanto à execução faseada no tempo e, conseqüentemente, autonomizada, da prestação dos serviços a contratar, carecendo, também por esse motivo, de suporte a exigência feita quanto à titularidade de alvará de construção com autorizações numa classe pré-determinada, associada ao valor global de tais serviços, querendo com isto dizer-se que não ficou demonstrado que a posse, pelos concorrentes, de alvará com autorização na 1.^a subcategoria da 4.^a categoria na **classe 5** (que, na RAM, permitia a realização daqueles trabalhos até ao valor de 3 718 400,00€), constituía habilitação **necessária e adequada** à realização dos serviços em causa.

Salienta-se que, no domínio do ajuste direto subseqüentemente promovido, a SRT apenas exigiu a posse de alvará de construção com autorização na 1.^a subcategoria da 4 categoria, *“da classe adequada à realização dos trabalhos”*, sendo o valor proposto pela empresa adjudicatária no âmbito deste procedimento de 1 765 031,94 € para as festas de Natal e do Fim do Ano de 2011 e de 210 382,50€ para as festas de Carnaval de 2012, num total de 1 975 414,44€(s/IVA).

Ora, na prática, o requisito de habilitação profissional fixado no âmbito do concurso público inicialmente desencadeado revelou-se excessivo, já que dissociou a aferição da classe da autorização contida no alvará tida por necessária e adequada à execução do objeto contratual do valor efetivo dos serviços a prestar, fechando, assim, a porta à admissão de propostas de entidades titulares daquele título profissional com a autorização requerida em classe inferior à indicada, sendo certo que, tal como anota Mário Esteves de Oliveira⁷, os requisitos habilitacionais *“- embora nos art.º 81.º e ss. do Código venham sempre referidos «ao adjudicatário» -, reportam-se (...) ao direito de acesso ao procedimento, constituindo condicionantes deste e obstando portanto a que participe aí quem não possua as habilitações exigidas para o efeito”*.

⁶ Conforme resulta das Portarias n.ºs 19/2004, de 10 de janeiro, e 1384/2004, de 5 de novembro, os alvarás de construção encontram-se estruturados por classes, numeradas de 1 a 9, reportadas tendencialmente à dimensão das empresas, que se reflete no valor dos trabalhos que as mesmas estão aptas a realizar, e repartidas por 5 categorias, decompostas em subcategorias, que respeitam as obras/trabalhos em que estão especializadas.

⁷ E Outro, in Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2011, pág. 490.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Com a atuação descrita, consubstanciada no desrespeito pela disciplina jurídica que emerge do artigo 81.º, n.º 6, do CCP, em articulação com o artigo 132.º, n.º 1, alínea f), do CCP, o qual preconiza que o programa de concurso deve indicar “os documentos de habilitação, directamente relacionados com o objecto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do” primeiro destes dispositivos, a Administração Regional restringiu o universo de potenciais interessados no procedimento adjudicatório, o que é passível de ter funcionado como um fator inibidor da concorrência, diminuindo as hipóteses de escolha da proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante e, conseqüentemente, que melhor desse resposta ao interesse público a satisfazer em concreto. Tanto mais que ficou por demonstrar que apenas as empresas detentoras de autorização no valor indicado, ou seja, as detentoras das exigências habilitacionais impostas, dispunham de capacidade para executar a prestação de serviços.

Em termos de conseqüências jurídicas, a ilegalidade que acabou de se assinalar, consubstanciada num vício de violação de lei, inquinou o concurso público previamente lançado, comprometendo dessa forma e irremediavelmente a admissibilidade do recurso excepcional ao ajuste direto em função de critérios materiais, com fundamento na alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, que, no caso concreto, culminou com a adjudicação da prestação de serviços que constitui o objeto do contrato em análise.

- II. A segunda das questões de legalidade que o presente processo suscita reconduz-se igualmente à adoção, *in casu*, deste último procedimento pré-contratual, mas agora na perspectiva da verificação dos pressupostos taxativamente enunciados na invocada alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP. Senão vejamos:

Inserido no Capítulo III da Parte II do CCP, dispõe o artigo 23.º deste Código que a escolha do procedimento adjudicatório em função de critérios materiais “permite a celebração de contratos de qualquer valor (...)”, consagrando, por seu turno, o artigo 24.º, n.º 1, alínea b), em concretização deste regime excepcional que representa um desvio às regras gerais da contratação pública, a admissibilidade da adoção do ajuste direto, independentemente do objeto do contrato a celebrar, quando “[e]m anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e **desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterando em relação ao daquele procedimento**” (destaque nosso).

A densificação deste último pressuposto legal é-nos fornecida pelo n.º 8 do citado artigo 24.º, quando aí se consigna que, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1.º deste preceito, “considera-se que o caderno de encargos e os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira são substancialmente alterados quando as alterações sejam susceptíveis de impedir a verificação das situações previstas” nessa alínea, “**nomeadamente quando sejam modificados os parâmetros base fixados no caderno de encargos**” (destaque nosso).

Nessa medida, pese embora o artigo 42.º, relativo ao caderno de encargos, associe, nos n.ºs 3 e 4, a referência aos parâmetros base a que as propostas estão vinculados aos aspetos da execução do contrato constantes daquela peça submetidos à concorrência (v.g., o preço do contrato), será legítimo sustentar que, ao optar, no n.º 8 do art.º 24.º, pela utilização do advérbio “nomeadamente”, foi intenção do legislador admitir que também as alterações de aspetos essenciais da execução do contrato contemplados no caderno de encargos não submetidos à concorrência (de que podem constituir exemplo o objeto do contrato, na eventualidade de não serem admitidas propostas variantes, assim como o prazo de execução das prestações nele incluídas) sejam consideradas alterações

substanciais do caderno de encargos para efeitos da previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

Com base neste enquadramento, e atentando nos elementos instrutórios do processo, constata-se, todavia, que, na situação vertente, e contrariamente à posição sustentada pela SRT no seu ofício de esclarecimentos, o último dos requisitos taxativamente enunciado nesta norma não se encontrava preenchido, mormente porquanto algumas das alterações introduzidas ao caderno de encargos patenteado em sede de concurso público não podem deixar de ser caracterizadas como substanciais, por se reconduzirem ao conteúdo obrigacional ali definido, sendo de destacar as seguintes:

- O concurso público de âmbito internacional, regulado pelo CCP, visava a adjudicação da prestação de serviços consubstanciados na *“criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas Festas de Natal e Passagem dos Anos 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014, nas Festas de Carnaval dos anos 2012/2013/2014 e nas festas do Vinho dos anos 2012/2013/2014, na Região Autónoma da Madeira”* (artigo 1.º do caderno de encargos).
- Por sua vez, o ajuste direto promovido destinou-se à contratação da prestação dos serviços de *“criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas”*, restringida, no entanto, às Festas de Natal e Fim do Ano 2011/2012 e às Festas de Carnaval de 2012 (artigo 1.º do caderno de encargos).
- Por arrastamento, a redução do objeto do contrato envolveu o ajustamento do preço base do procedimento, de 8 626 500,00€ (s/IVA) para 2 068 000,00€ (S/IVA), assim como do prazo de vigência do contrato a outorgar (artigo 4.º do caderno de encargos).

Ademais, foi também alterado o requisito habilitacional exigido, que consistia inicialmente na posse de alvará de construção emitido pelo INCI, I.P., com autorização na 1.ª subcategoria da 4.ª categoria, na classe 5, e que passou à indicação da 1.ª subcategoria da 4 categoria, **na classe adequada à realização dos trabalhos.**

Por conseguinte, o procedimento adotado para a adjudicação da presente aquisição de serviços não podia ter sido o ajuste direto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, por não estarem verificados todos os pressupostos de que esta norma faz depender tal possibilidade.

Do mesmo modo, não ficou comprovado o preenchimento dos pressupostos de que depende a adoção do ajuste direto independentemente do valor do contrato, ao abrigo das demais hipóteses legais admitidas nos artigos 24.º e 25.º do CCP.

Posto isto, e face às regras gerais da contratação pública, consagradas no Capítulo II da Parte II do CCP, mais concretamente, as constantes do n.º 1 do artigo 20.º, a escolha do procedimento pré-contratual deveria ter sido determinada com base no valor do contrato, concluindo-se que tal procedimento não podia deixar de ter sido o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação.

Ora, a partir do momento em que se adota um procedimento administrativo diverso do prescrito pela lei, toda a atuação administrativa deve ser questionada, por estar em causa uma ofensa grave às regras estabelecidas pela ordem jurídica, sendo a jurisprudência



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

deste Tribunal unânime no sentido de considerar que o concurso público, quando obrigatório, é elemento essencial do ato de adjudicação.

E a preterição do concurso público, quando legalmente exigível, determina a nulidade do ato de adjudicação, nos termos do disposto no art.º 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, transmitindo-se ao contrato subsequentemente celebrado, por força do art.º 283.º, n.º 1, do CCP.

As ilegalidades *supra* assinaladas, consubstanciadas, por um lado, na fixação de habilitações técnicas de acesso ao concurso público inicialmente desencadeado que vão para além das necessárias e adequadas à execução dos serviços a executar e, por outro, no recurso ao ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea b), do CCP, sem a verificação de um dos pressupostos de que esta norma faz depender essa admissibilidade, constituem fundamento para a recusa do visto ao contrato em apreciação, na primeira situação, por força da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, por estar em causa uma ilegalidade passível de ter alterado o resultado financeiro do contrato, através da restrição do universo de potenciais concorrentes, e, na segunda delas, nos termos da alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo, uma vez que o contrato formalizado padece de nulidade.

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 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, 31 de janeiro de 2012.

O JUIZ CONSELHEIRO

(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

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

(José Alberto Varela Martins)