



ACÓRDÃO Nº 38 /06/ 14 Junho. - 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 29/2006

(Processo nº 274/2006)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

- I. A falta de concurso público, quando legalmente exigido, torna nulo o procedimento e o contrato subsequente por preterição de um elemento essencial (artºs. 133º e nº 1 e 185º nº 1, ambos do CPA), o que conduz à recusa do visto – art. 44º nº 3 alínea a) da Lei 98/97 de 26 de Agosto.

- II. Só assim não será se for escolhida outra fórmula procedimental que, nos termos da lei, salvguarde, da mesma forma, o acolhimento dos princípios fundamentais da contratação pública, o que não sucede quando o procedimento adoptado foi a negociação sem publicação prévia de anúncio, mediante convite dirigido a cinco empresas.

Lisboa, 14 de Junho de 2006

O Juiz Conselheiro

(Adelino Ribeiro Gonçalves - Relator)



ACÓRDÃO Nº 38 / 06/14 Junho. – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 29/2006

(Processo nº 274/2006)

ACÓRDÃO

I. RELATÓRIO

1. Por este Tribunal, em 7 de Abril de 2006, foi proferido o acórdão de Subsecção nº 124/06, que recusou o visto ao Contrato nº 3/2005, relativo à **“Instalação de uma Agência de Viagens”** na sede da Assembleia da República, celebrado, em 3 de Janeiro de 2006, entre aquele órgão de soberania e a empresa **“TOP ATLÂNTICO – Viagens e Turismo, S.A.”**.
2. O fundamento para a recusa do visto foi a nulidade (art. 44º nº 3 alínea a) da Lei 98/97 de 26 de Agosto), por o contrato não ter sido precedido de concurso público ou fórmula procedimental que, nos termos da lei, salvaguarde, da mesma forma, o acolhimento dos princípios fundamentais da contratação pública, verificando-se assim a preterição de um elemento essencial – arts. 133º nº 1 e 185º nº 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.
3. Não se conformou com a decisão o Exmo. Magistrado do Ministério Público, que dela interpôs o presente recurso, tendo formulado, no seu requerimento, as seguintes conclusões:



Tribunal de Contas

1. O nosso legislador não estabeleceu critérios, objectivos e taxativos, de quais as situações concretas que, em seu supremo entendimento, deverão ser sancionadas em termos de “**nulidade**” (ou inexistência jurídica) ou de “**anulabilidade**” dos actos e contratos da Administração.
2. Assim sendo, terá de ser o intérprete e o julgador, no seu prudente critério, a distinguir, caso a caso, umas situações das outras a fim de as sancionar de forma objectiva, certa, segura, adequada, equilibrada, equitativa e justa.
3. Quer a doutrina, quer a jurisprudência, de há muito aconselham a aplicação, como regra geral, da sanção da “**anulabilidade**”, em todas as situações em que o vício do acto não seja de tal modo intolerável e violador, directo, dos princípios garantísticos da Constituição e das Leis, que ponha em causa a sua existência e validade.
4. Somente nos casos-limite, quando tal suceda, deverá então lançar-se mão da sanção da “**nulidade**”, cuja natureza radical e destrutiva de efeitos, aconselha a que dela seja feito uso prudente e equilibrado, ponderados todos os interesses em jogo.
5. Todas as situações de “**ajustes directos**” (ilegais), por contraposição a “**concursos limitados**” (legais), são sancionadas com a solução da “**mera anulabilidade**” (cfr. por todos, Acórdão nº 08/04 de 8 de Junho da 1ª Secção do Tribunal de Contas publicado no D.R. IIª Série nº 29 de 09/02/06).
6. Por meras razões de equidade, ou equivalência, deverão ter o mesmo tratamento todas as situações em que o procedimento (ilegal) foi, ainda assim, de nível garantístico superior ao do “ajuste directo” (v.g. o do “procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio”, equivalente a “concurso limitado sem apresentação de candidaturas”), se



Tribunal de Contas

comparado com a exigência de um “concurso limitado por prévia qualificação”.

7. Assim sendo, o douto Acórdão recorrido não fez correcta aplicação do Direito, ao Facto sujeito a julgamento e divergiu da sua própria jurisprudência e da maioria de jurisprudência do S.T.A. nesta matéria.

8. Por conseguinte, deverá ser proferido, por via do presente recurso, novo Acórdão, que lhe dê provimento e revogue tal decisão de “**nulidade**”, substituindo-a por outra de “**mera anulabilidade**”, com todas as legais consequências: outorga do “Visto”, a este contrato, com recomendações, tal como resulta da aplicação do disposto no art. 44º nº 2 al. c) e 4 da L.O.P.T.C. — atentas as naturais dúvidas sobre a exacta expressão financeira, deste contrato, caso tivesse sido usado o procedimento legalmente prescrito e já acima referido.

9. Se assim for decidido, será dada aplicação, concreta, à referida jurisprudência e proferida uma decisão justa e equitativa; caso contrário, haverá uma divergência inexplicável e potenciadora da prática de uma ilegalidade através de uma interpretação claramente inconstitucional, por ofensa do “princípio da igualdade” (v. art. 13º da C.R.), no tratamento das entidades públicas sujeitas à jurisdição deste Tribunal.

10.V^{as}. Exas., todavia, em Vosso Alto Critério julgarão como for de **JUSTIÇA**.

4. O recurso foi admitido liminarmente e cumpridas as demais formalidades legais. Foi dado cumprimento ao disposto no art. 99º nº 2 da Lei 98/97 de 26 de Agosto, tendo a Assembleia da República vindo solicitar urgência no julgamento do presente recurso, dado que, em 24 de Maio de 2006, já se encontrava devedora à empresa “TOP ATLÂNTICO”, que continua a prestar serviço nas áreas de viagens e alojamento, de uma verba de € 607.174,40.



II. OS FACTOS

1. Pela Informação n.º 23/DSAF/2004, de 27/7/2004, a Direcção de Serviços Administrativos e Financeiros e o Gabinete de Relações Internacionais e Protocolo, ambos da Assembleia da República, davam conta de que o protocolo (com as respectivas prorrogações) estabelecido com a agência “Space Travel” (ao tempo “Top Atlântico”) para assegurar o funcionamento do implante de uma agência de viagens junto daquele órgão de soberania terminava a sua vigência em Março de 2005.
2. Ainda na mesma Informação, dava-se conta do que constava do art. 17.º do projecto de Resolução 271/IX, aprovado pela A.R. em 8/7/2004 (então ainda não publicado mas que veio a constituir a Resolução n.º 57/2004 – D.R. I-A, 6/8/2004), e informava-se tornar-se “necessário proceder a nova consulta para seleccionar a agência de viagens com a qual se havia de celebrar contrato”.
3. A mesma Informação, aludindo à Portaria n.º 1388/2001, II Série, de 16/8, que homologava os contratos públicos de aprovisionamento referentes à prestação de serviços de viagens e alojamento ao Estado, referia que o respectivo Anexo I continha a listagem de agências seleccionadas como prestadoras dos referidos serviços e sustentava (cfr. n.º 7) que, nos termos do art. 86.º, n.º 1, alínea a) do Dec-Lei n.º 197/99, “o procedimento a adoptar para escolha de uma dessas agências de viagem” seria o “ajuste directo”.



Tribunal de Contas

4. Dizia-se ainda na referida informação (cfr. n.º 8): (...) que “tendo em vista negociar com as empresas o conteúdo das respectivas propostas, propõe-se que seja autorizada a abertura de **procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio** para instalação de uma dessas agências de viagens na Assembleia da República”.
5. Logo de seguida e antes de concluir pela competência do Presidente da Assembleia da República para autorizar a consulta e a despesa (o que veio a acontecer em 1/9/04) a referida Informação a que nos vimos referindo dizia, textualmente:

“Propõe-se ainda que sejam convidadas a apresentar propostas as seguintes agências constantes da lista inserta na Portaria supra referida:

Top Atlântico

Geotur

Abreu

Equador

BTI World Travel (Turismo Cruzeiro)”.
6. No Anexo I da citada Portaria n.º 1388/2001, constavam as empresas às quais o Estado reconhecia a qualidade de prestadoras de serviços de viagens e alojamentos nas modalidades de “transporte por via rodoviária e via férrea” (em número de 6), “ transporte por via aérea”, “alojamento no espaço nacional” e “alojamento no espaço internacional (todas em número de 11).



Tribunal de Contas

7. Entretanto, em 9/9/2004 foi publicada a Portaria n.º 1008/2004, que vem reconhecer, a partir da data da sua publicação, a várias dezenas de empresas a qualidade de prestadores de serviços de viagens e alojamento.
8. Já depois da publicação desta portaria, as informações de 29/9/2004 e de 14/12/2004 apresentaram propostas no sentido do desenvolvimento do procedimento proposto, reiterando-se que devia ser circunscrito às referidas 5 empresas que, em nota manuscrita em 16/12/2004, sobre a segunda das referidas informações, aparecem de novo referidas.
9. Desenvolvido o procedimento veio a Comissão propor “a adjudicação da prestação de serviços de viagens e alojamentos à Assembleia da República, com instalação de uma agência no Palácio de S. Bento, ao concorrente TOP ATLÂNTICO”, conforme consta da Acta de 24/2/2005.
10. A adjudicação veio a ser autorizada por despacho de 29/3/2005 exarado na proposta n.º 20/SG/CA/2005, na sequência da Informação n.º 112-DAPAT-2005, de 25/2/2005.
11. Após tal adjudicação, segundo se extrai do Parecer n.º 85/2005, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (cfr. DR, II, 23/2/2006, págs. 2735 e segs.), a empresa “Barceló/Escalatur”, em reclamação recebida em 22/4/2005 e dirigida ao Presidente da Assembleia da República, veio defender que, atentos os valores em causa, deveria ter-se adoptado o procedimento de concurso público ou, em alternativa, o concurso limitado por prévia qualificação.
12. O Presidente da Assembleia da República, pelo Despacho n.º 16/X, de 10/5/2005, solicita então ao Auditor Jurídico que preste parecer sobre várias



Tribunal de Contas

questões relacionadas com a validade do citado procedimento vindo este, no que para aqui importa, (e ainda de acordo com a transcrição já referida) a manifestar a opinião – cfr. conclusão hh) – de que se impunha legalmente “a não celebração do contrato, visto que a Administração tem o dever jurídico de não celebrar contratos inválidos (a menos que não pudesse deixar de o fazer, também por imperativo legal, o que não é o caso)”.

13. Na sequência deste parecer, o Presidente da Assembleia da República solicitou outro parecer, agora ao Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, sobre “a legalidade do procedimento por negociação n.º 328/2004, nomeadamente sobre a existência de algum impedimento legal que inviabilize a celebração de contrato com a Top Atlântico, cuja adjudicação ocorreu por despacho de 29 de Março de 2005, após parecer favorável do conselho de administração da Assembleia da República de 22 de Março de 2005”.

14. No parecer do Conselho Consultivo – e também no que para aqui importa – veio a concluir-se (cfr. conclusão 8.ª) que “o acto final de adjudicação que teve lugar no procedimento por negociação levado a cabo pelos serviços da Assembleia da República vincula-a à celebração do respectivo contrato com a adjudicatária, sujeitando-a, em caso de incumprimento, ao dever de indemnização”, e isto porque, nos termos da conclusão 7.ª, “o decurso do prazo de impugnação contenciosa dos actos constitutivos de direito, ainda que inválidos, obsta à sua revogação anulatória”.



Tribunal de Contas

15. Pelo despacho n.º 43/X do Presidente da Assembleia da República foi o referido Parecer homologado nos termos e para os efeitos previstos no n.º 1 do art. 43.º da Lei n.º 60/98, de 27/8¹, cometendo-se à Secretária-Geral a promoção da “celebração do contrato com a adjudicatária”.

16. O presente contrato tem como objecto, conforme expressamente se declara no n.º 1 da cláusula 1.ª, “a instalação de um in-plant da agência de viagens Top Atlântico na Assembleia da República, para prestação do serviço de viagens e alojamento, sendo por isso a agência de viagens da Assembleia da República”.

17. Resulta daqui – e resulta também a vários propósitos dos autos – que, pelo presente contrato, a agência de viagens obtém o exclusivo da referida prestação de serviços aos membros daquele órgão de soberania e, quando for caso disso, aos próprios funcionários da respectiva estrutura de apoio quando, em serviço, uns ou outros carecerem de tal prestação.

18. Resulta ainda que tal serviço é prestado em estabelecimento sito nas instalações privativas daquele órgão de soberania.

19. De resto, é isso que resulta também do disposto no art. 17.º da Resolução da Assembleia da República n.º 57/2004, publicada em DR, I, de 6/8/2004:

“1 – A aquisição de bilhetes de avião ou referentes a outros meios de transporte utilizados nas deslocações oficiais será

¹ Queria dizer-se, certamente, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do art.º 43.º da Lei n.º 47/86, de 15/10, na



obrigatoriamente feita pelos serviços competentes na agência de viagens que, nos termos do art. 60.º da Lei de Organização e de Funcionamento da Assembleia da República, disponha de instalações no Palácio de São Bento.

2– O disposto no número anterior é aplicável à marcação e pagamento dos hotéis.

3– Os serviços prestados pela agência instalada na Assembleia da República, bem como as respectivas condições de instalação, funcionamento e pagamento, regem-se por contrato celebrado entre ambas, de duração anual, o qual pode ser prorrogado apenas por dois períodos de um ano.

(...)”.

20. O contrato em apreciação foi celebrado em 3 de Janeiro de 2006 e, em 24 de Maio passado, por força do mesmo, a Assembleia da República já se encontrava devedora à empresa “TOP ATLÂNTICO”, que continua a prestar serviço nas áreas de viagens e alojamento, de uma verba de € 607.174,40.

21. Por este Tribunal, em 7 de Abril de 2006, foi proferido o acórdão de Subsecção nº 124/2006, que recusou o visto ao contrato em apreço (contrato nº 3/2005, relativo à instalação de uma agência de viagens na sede da Assembleia da República).



III. O DIREITO

Conforme resulta do que já ficou dito o fundamento da recusa do visto ao contrato em apreço foi a nulidade – art. 44º nº 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto –, por o mesmo não ter sido precedido de concurso público ou fórmula procedimental que, nos termos da lei, salvaguarde, da mesma forma, o acolhimento dos princípios fundamentais da contratação pública, verificando-se assim a preterição de um elemento essencial – arts. 133º nº 1 e 185º nº 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

O recorrente não concorda, alegando, em síntese, que no caso ocorre “mera anulabilidade” e não “nulidade”, pelo que deve ser concedido o “visto” ao contrato com recomendações, tal como resulta da aplicação do disposto no art. 44º nºs 3 alínea c) e 4 da Lei 98/97.

Para tanto louva-se no Parecer nº 85/2005 de 29 de Setembro da Procuradoria-Geral da República (homologado e publicado no D.R, II Série, de 23 de Fevereiro de 2006) e bem assim na “declaração de voto de vencida” constante no acórdão recorrido.

No entanto desde já cabe referir que as duas citadas peças jurídicas (Parecer e voto de vencida), quanto aos seus fundamentos não são coincidentes.

No “voto de vencida” defende-se, claramente, em consonância com o que é dito no acórdão que o contrato devia ter sido precedido de concurso público. Considerou-se, no entanto, que dadas as particularidades do caso, a sanção por tal preterição não devia ser a nulidade mas sim a anulabilidade e o contrato visado com recomendação.

No “Parecer” diz-se que o procedimento adequado seria o concurso limitado sem apresentação de candidaturas ou o procedimento por negociação sem prévia publicação de anúncio, em ambos os casos,



Tribunal de Contas

com envio de convites a todas as entidades que integram as listas resultantes da selecção efectuada pela DGP, concluindo-se, como no "voto de vencida", que o vício de que sofre o contrato é o da "anulabilidade" e não da "nulidade".

Conforme resulta do processo o procedimento adoptado foi o de negociação sem publicação prévia de anúncio, tendo sido convidadas cinco agências (a TOP ATLÂNTICO que já vinha prestando o serviço, mais quatro, todas elas constantes no anexo I à Portaria nº 1388/2001).

Sendo assim as questões a resolver são duas, a saber:

1ª- Qual o procedimento que devia ter antecedido a celebração do contrato;

2ª- No caso do procedimento adoptado não ter sido o correcto, que consequência retirar – nulidade ou anulabilidade, recusa ou concessão do visto, ainda que com recomendação(ões).

Quanto à 1ª questão (que procedimento devia ter sido adoptado) o acórdão recorrido, nesta parte por unanimidade, entendeu que era o concurso público e, naturalmente, o chamado concurso público internacional, com publicação de anúncio no JOCE, tendo em conta o valor da prestação (o contrato foi celebrado em 3 de Janeiro de 2006, e terá – cláusula 11ª - a duração de 1 ano), a qual, segundo informação da Assembleia, em 24 de Maio já totalizava mais de € 600.000, tendo a informação de cabimento de verba sido prestada pelo montante total de € 1.350.000, sendo € 850.500 a título de deslocações – viagens e € 499.500 a título de estadas – art. 80º nº1 e 190º e seguintes do Decreto-Lei 197/99 de 8 de Junho.

Certo que no acórdão recorrido se diz que, em alternativa ao concurso público, se poderia utilizar, porventura, o concurso limitado por prévia qualificação.

Porém, conforme resulta, para além do mais, do disposto no art. 80º nº 2 do citado Decreto-Lei 197/99, este procedimento é semelhante ao



anterior quanto à publicitação. É pois um concurso aberto a todos os potenciais concorrentes e só pode ser utilizado “quando a complexidade técnica ou o montante envolvido exijam uma pré-avaliação das capacidades técnicas, comerciais, financeiras e administrativas dos concorrentes”.

E, por nossa parte, não vemos qualquer razão para, quanto a esta questão, alterar o entendimento que, por unanimidade, foi vertido no acórdão recorrido. E isto pelas razões que, de forma exaustiva, aí foram explanadas e que o recorrente não pôs minimamente em crise, pelo que se não justifica que aqui sejam repetidas. Em síntese, a ideia fundamental é a de que a prestação da adjudicatária no contrato em análise é substancial e podemos mesmo dizer radicalmente diferente da situação em que ficaram as empresas seleccionadas para prestarem serviços de viagens e alojamento ao Estado e que constam em anexo nas Portarias n.ºs. 1388/2001 (publicada na II Série do D.R. de 16 de Agosto de 2001) e 108/2004 (publicada na II Série do D.R. de 9 de Setembro de 2004). De facto algumas destas podem, pelo menos no domínio das hipóteses, nunca virem a prestar qualquer serviço ao Estado. Pelo contrário, a adjudicatária, como referido no acórdão recorrido, sabe, à partida, que é um fornecedor exclusivo e que tem, garantidamente, um volume de transacções muito significativo, ganhando, complementarmente, o direito a instalar-se no Palácio de S. Bento.

Daqui se concluindo que o universo dos potenciais interessados numa situação e noutra é diferente e daí que seja insuficiente quer o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio mediante convite dirigido a cinco empresas constantes no anexo à Portaria 1388/2001 (o adoptado), quer o concurso limitado sem apresentação de candidaturas ou o procedimento por negociação sem prévia publicação de anúncio, ainda que quer num caso quer



Tribunal de Contas

noutro com envio de convites a todas as entidades que integram as listas resultantes da selecção efectuada pela DGP, como é sugerido no parecer da P.G.R a que se fez referência.

Do dito resultando que o contrato devia ter sido precedido de concurso público.

Resolvida esta questão passemos à análise da outra, ou seja, que consequências jurídicas retirar da verificação da referida ilegalidade.

Tem sido jurisprudência pacífica e uniforme deste Tribunal, pelo menos desde a entrada em vigor da Lei 98/97 de 26 de Agosto (cfr. art. 44º nº 3 alínea a)), que a falta de concurso público, quando este é legalmente obrigatório, torna nulo o procedimento e o contrato subsequente por preterição de um elemento essencial – artºs 133º nº 1 e 185º nº 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

E tem-se entendido assim dado que a preterição do concurso público, quando obrigatório, traduz-se numa violação grosseira dos princípios fundamentais da contratação pública, tais como os da igualdade, da transparência e da concorrência, consagrados, para além do mais, nos artºs. 7º e seguintes do mencionado Decreto-Lei 197/99. E, havendo violação grosseira dos princípios fundamentais da contratação pública, é porque falta algum elemento essencial (art. 133º nº 1 do C.P.A), sendo esse elemento o concurso público.

O acórdão recorrido insere-se nesta jurisprudência, não se vislumbrando qualquer razão para a alterar.

Porém, manda o rigor que se esclareça que na maior parte dos casos que têm sido julgados por este Tribunal, quando se omite o concurso público se opta pelo ajuste directo.

Ora, não foi isto que sucedeu no caso “sub judice”. Como vimos, o procedimento escolhido foi o de negociação sem publicação prévia de anúncio, mediante convite dirigido a cinco empresas constantes no anexo à Portaria 1388/2001. E foi por isso que surgiu “o voto de



vencida” no acórdão recorrido, ou seja, considerou-se (nesse voto) que, no caso concreto, a violação dos princípios fundamentais da contratação pública não foi de tal modo grave que a sanção adequada fosse a nulidade e a consequente recusa do visto mas antes a anulabilidade e o visto com recomendação.

É esta a questão que temos de resolver e que se traduz em saber se o facto de se ter optado pelo referido procedimento (e não, por exemplo, pelo ajuste directo) atenua de forma suficiente a gravidade da violação dos princípios fundamentais da contratação pública de modo que se deva considerar que estamos perante uma anulabilidade e não de uma nulidade.

Desde já adiantamos que, por nossa parte, consideramos que, no caso, houve violação grosseira dos ditos princípios, pelo que ocorre nulidade. Por tudo o que ficou dito no acórdão recorrido e pelo que já dissemos e que podemos tentar sintetizar da forma seguinte: A prestação da adjudicatária deste contrato e a situação em que ficaram as empresas seleccionadas para prestarem serviços de viagens e alojamento ao Estado são radicalmente diferentes e, por isso, o universo dos potenciais interessados também é diferente; Dirigiram-se convites a cinco empresas, mas ignora-se que critério ou critérios presidiram à selecção destas cinco; Ainda a agravar a situação teve-se em conta a lista anexa à Portaria 1388/2001 (mais antiga e mais restrita) e não a anexa à Portaria nº 1008/2004, que veio substituir a anterior e é mais ampla.

Ou seja, a violação dos princípios fundamentais da contratação pública foi quase tão grave com este procedimento como seria se se tivesse optado pelo ajuste directo. A diferença é mínima. Daí o nosso entendimento de que, no caso concreto, ocorreu nulidade.

E, tendo ocorrido nulidade, a lei – art. 44º nº 3 alínea a) da Lei 98/97 de 26 de Agosto – impõe a recusa do visto.



Finalmente, uma só nota mais.

Diz o Exmo. Recorrente que, a manter-se o acórdão recorrido, se estará a inobservar o princípio constitucional da igualdade (art. 13º) por a A.R. estar a ser tratada de modo diverso (desigual) de todas as outras entidades, que têm sido objecto de decisões uniformes, nesta matéria, o que invoca para todos os legais efeitos e, designadamente, para eventual recurso para o Tribunal Constitucional.

Não concordamos, também quanto a esta questão, com o Exmo. Recorrente, até porque, como se deduz do já dito, consideramos que quanto às questões suscitadas neste recurso a jurisprudência do Tribunal tem sido bastante homogênea. Designadamente não vislumbramos qualquer contradição entre o acórdão recorrido (e agora este proferido no recurso) e o acórdão nº 8/04 de 8 de Junho (indicado na conclusão 5ª formulada pelo Exmo. Recorrente e atrás transcrita) amplamente citado no acórdão recorrido.

Porém, se o Exmo. Recorrente continuar a entender que sobre a(s) mesma(s) questão(ões) de direito são proferidas soluções opostas poderá interpor recurso extraordinário conforme previsto nos artºs. 101º a 103º da citada Lei 98/97.

De todo o exposto se concluindo que são inócuas ou improcedentes todas as conclusões do recurso o que acarreta a improcedência deste.

IV. DECISÃO:

Pelos fundamentos expostos acordam os Juizes da 1ª Secção em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente, manter na íntegra o douto acórdão recorrido.



Tribunal de Contas

Diligências necessárias.

Lisboa, 14 de Junho de 2006

Os Juízes Conselheiros,

RELATOR: Ribeiro Gonçalves

Pinto Almeida

Helena Ferreira Lopes

O Procurador-Geral Adjunto

R.O. N.º 29/06

Atentos os fundamentos invocados no Acórdão, propondo a considerar que o tipo de procedimento aplicável, na situação *sub judice*, era o concurso público (art.º 80.º, n.º 1, do DL 197/99, de 8/6).

Afigura-se-me, porém, que tal ilegalidade não é geradora de nulidade (art.º 133.º do CPA), mas sim de anulabilidade (art.º 135.º do CPA).

Vejamos.



Tribunal de Contas

Sem pretender ser exaustiva, a ilegalidade constatada seria geradora de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º, da Lei 98/97), se ocorresse alguma das seguintes situações:

- a) O vício supra identificado estivesse previsto no n.º 2 do art.º 133.º do CPA²;
- b) Existisse qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, cominasse expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1 do art.º 133.º do m.ºs do CPA);
- c) O acto de adjudicação não contivesse todos os elementos essenciais, considerando-se “elementos essenciais” todos os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação³ (vide art.º 133.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPA);

No caso em apreço, o vício de que padece o acto não está previsto em qualquer das alíneas do n.º 2 do art.º 133.º do C*A, e não existe qualquer outra disposição legal que comine expressamente essa forma de invalidade.

Mas será que, *in casu*, o acto de adjudicação contém todos os elementos essenciais, no sentido proposto na alínea c) que antecede?

² Anote-se, contudo, que enumeração constante do n.º 2 do art.º 133.º do CPA tem carácter meramente exemplificativo.

³ Neste sentido vide, entre muitos outros, os Acórdãos do Tribunal de Contas, n.º 29/2005, 1.ªS-PL, o proferido no proc. 3009/05, de 14/02/2006 (nestes dois processos foram recusados os vistos aos contratos, sendo que o procedimento legalmente exigido era o concurso público e o procedimento adoptado foi o ajuste directo); n.º 8/2004, 1.ª-PL, o proferido no 2822/05, de 21/02/2006 (neste dois processos os contratos foram visados com recomendações, sendo que o procedimento legalmente exigido era o concurso limitado com publicação de anúncios e o procedimento adoptado foi o ajuste directo); Parecer da PGR, DR, II Série, de 25 de Maio de 2005, e Vieira de Andrade, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 43, pág. 46, em anotação ao Ac. Do STA (pleno), de 30/05/2001, proc. 22 251; cfr. também Mário Esteves de Oliveira, Pedro C. Gonçalves e Pacheco Amorim, in Obra citada, Págs 641 e 642.



Tribunal de Contas

No procedimento adoptado, as cinco empresas com as quais a entidade adjudicante negociou o conteúdo do contrato a outorgar não foram escolhidas arbitrariamente por aquela entidade.

Na verdade, aquelas empresas já haviam sido seleccionadas através de um concurso público aberto pela Direcção-Geral do Património (DGP), que culminou com a celebração com aquelas empresas de contratos públicos de aprovisionamento de prestação de serviços de viagens e alojamento.

Naquele concurso público aberto pela DGP, estiveram presentes todos os princípios da contratação pública, designadamente os da concorrência, da publicidade, da transparência e da igualdade.

Embora o procedimento adoptado pela entidade adjudicante – procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio – atentos os argumentos constantes das págs. 7 a 11 do Acórdão, se nos afigure infundado, não nos podemos abstrair do facto de o mesmo, mal ou bem, ser sequencial ao concurso público aberto pela DGP.

E se o que fundamentou o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio com as referidas empresas foi o facto de estas, na sequência de concurso público, terem celebrado contratos de aprovisionamento com a DGP, também não podemos afirmar que, em concreto, tenham sido totalmente postergados os princípios da contratação pública.

Em síntese, a omissão de concurso público, na situação *sub judice*, e pelos fundamentos supra referidos, não se consubstancia num vício de



Tribunal de Contas

tal modo grave, que torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, já que os princípios da contratação pública inerentes ao concurso público (os princípios da concorrência, da publicidade, da transparência, etc.) apesar de comprimidos não deixaram de estar presentes no procedimento adoptado, quer a montante, quer a jusante.

Daí que, em meu entender, o contrato devesse ser visado com a recomendação expressa de que, no futuro, a entidade adjudicante cumprisse o que, para o efeito, dispõe o artigo 80.º, n.º 1, do DL 197/99, de 8/6 (art.º 44.º, n.º 3, alínea c), e n.º 4, da Lei 98/97, de 26/8).

A Juíza Conselheira

(Helena Ferreira Lopes)